Verarbeitung von unter Eigentumsvorbehalt gekauften Waren.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Tübingen

vorgelegt von

Günter Schagen
aus M.Gladbach (Rheinld.)

Referendar beim Landgericht Gladbach-Rheydt.

Würzburg 1932
Buchdruckerei Richard Mayr

Referent: Prof. Dr. Georg Eißer.

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Mai 1932.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Übersicht.

Seite:

A. Die gegenwärtigen Erscheinungsformen des EV. an Waren, die verarbeitet werden sollen.

§ 1. Entstehung und Entwicklung des EV. an Waren, die zu Verbrauch und Verarbeitung bestimmt sind 1

§ 2. Von der formularmäßigen „Gestattung der Verarbeitung" bis zur „Erstreckung des EV. auf das Arbeitsprodukt". Weitere Abarten des EV. 3

B. Die Rechtsfolgen der Verarbeitung

§ 3. Die in § 950 genannten Rechtsfolgen 9

a) Der dem § 950 zugrundeliegende Rechtsgedanke . . 10

b) Lösung der in § 950 auftauchenden Rechtsfragen unter Zugrundelegung des Zweckgedankens 15

§ 4. Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn infolge erheblichen Minderwertes der Arbeit § 950 nicht Platz greift? . . 17

§ 5. Der Begriff der neuen Sache 18

a) Erklärung des Begriffes 18

b) Entstehungszeitpunkt der neuen Sache 21

§ 6. Rechtsfolgen der mit Zustimmung des Lieferanten erfolgenden Verarbeitung 24

a) Rechtliche Auslegung der Verarbeitungsgestattung . . 24

b) Die eintretenden Rechtsfolgen 27

§ 7. Rechtsfolgen der ohne Zustimmung erfolgenden Verarbeitung 30

C. Erstreckung der Wirkungen des EV. über die Verarbeitung hinaus auf das Arbeitsprodukt 37

§ 8. Kann § 950 durch Vertrag ausgeschlossen werden? . . 38

a) Gründe, die für eine Abänderbarkeit des § 950 geltend gemacht werden 41

b) Welche Eigentumsregelung soll im Falle des Ausschlusses von § 950 an die Stelle der gesetzlichen Regelung treten? 46

c) § 950 hat zwingenden Charakter 53

d) Können Vereinbarungen, die den § 950 ausschließen sollten und daher unwirksam sind, aufrechterhalten werden? 55

§ 9. Die Fortsetzung des Vorbehaltseigentums durch antizipiertes Besitzkonstitut 58

a) Die Erfordernisse eines wirksamen antizipierten Konstituts 61
Erfordernisse beim Konstitut nach § 930.
Besondere Erfordernisse beim antizipierten Konstitut . 65

b) Schwierigkeiten, die sich der praktischen Durchführung des antizipierten Konstituts entgegenstellen . . . 70

Seite:

c) Rechtliche Unterschiede zwischen dem Vorbehaltseigentum vor der Verarbeitung und dem durch Besitzkonstitut nach der Verarbeitung begründeten Eigentum . . 72

d) Kann das Konstitutseigentum ähnlich dem EV. auch als bedingtes Eigentum aufgefaßt werden? . . . 76

e) Sicherung des EV. mehrerer Stofflieferanten durch antizipiertes Konstitut 77

§ 10. Aufrechterhaltung des EV. durch die Vereinbarung, daß der Fabrikant die neue Sache „für" den Lieferanten als den eigentlichen Hersteller herstellt.
Insbesondere Vereinbarung eines Dienstvertrages zwischen Lieferant und Fabrikant 85

a) Die verschiedenen Begründungen im Schrifttum, daß nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitsherr „Hersteller" des Arbeitsproduktes ist 87

b) Umgrenzung des Gehilfenbegriffes im Sinne des § 950 . 90

c) Der Fabrikant ist bei der Verarbeitung nicht Gehilfe des Lieferanten 96

d) Durch Parteivereinbarung kann zwischen Lieferant und Fabrikant ein Dienstvertragsverhältnis nicht fingiert werden 104

§ 11. Kann zwischen Lieferant und Fabrikant ein Werkvertragsverhältnis gegründet werden? 106

a) Stellung des § 950 innerhalb des Werkvertrages . . 106

b) Unwirksamkeit der Vereinbarung eines Werkvertrages zwischen Lieferant und Fabrikant 114

§ 12. Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zwischen Lieferant und Fabrikant 116

D. Die Benutzung des EV. bei Veredelungskrediten zwischen dem Ausland und der deutschen Industrie. Reformvorschläge . . 122

§ 13. Die österreichische Vollzugsanweisung und ihre Besonderheiten 125

§ 14. Der Handelsvertrag zwischen der deutschen und niederländischen Regierung vom 31. Dez. 1920 127

§ 15. Reformvorschläge zu § 950, betreffend den EV. und ähnliche Kreditsicherungsmittel 129

Literaturverzeichnis.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

I. Lehrbücher.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts (1910).
Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil (1931).
Lehmann: Allgemeiner Teil (1922).
Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse (1930).
Leonhard: Das Schuldrecht des BGB. (1931).
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des BGB. 2. Band (1924).
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Sachenrecht (1905).
Endemann: Sachenrecht (1905).
Heck: Grundriß des Sachenrechts (1930).
Hedemann: Sachenrecht des BGB. (1924).
Kohler: Sachenrecht (1919).
Siméon-David: Sachenrecht (1929).
Wolff: Das Sachenrecht (1929).
Gierke: Handels- und Schiffahrtsrecht (1929).
Wolff: in: Handbuch des gesamten Handelsrechts. 4. Band; I. Abteilung.

II. Kommentare.

Biermann: (1914).
Oertmann: (1928).
Planck: (1920).
Kommentar von Reichsgerichtsräten: (1928).
v. Staudinger: (1926).
Staub: zum HGB. (1927).
Jaeger: zur KO. 1931).
Menzel: zur KO. (1926).

III. Schriften.

a) Rechtswissenschaftlich.

v. Bonin: Ueber den Eigentumserwerb des Herstellers. Arch. Bürg. R. 38 S. 117 ff. (1913).
Brodmann: Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers. Jher. J. 58 S. 187 ff. (1911).
Brodmann: Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Verarbeitung. Ein Gutachten. Jher. J. 79 S. 128 ff. (1928/29).
Ehrlich: Das zwingende und nichtzwingende Recht im BGB. für das deutsche Reich. (1899).
Emge: Das Moment der Neuheit in § 950 BGB. Arch. Civ. Prax. 114 S. 23 ff. (1916).
Fischer: Das Problem der Identität und Neuheit (1893).
Herz: Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag Jher. J. 74 S. 1 ff. (1924).

Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB. (1900).
Krückmann: Pflichterfüllung und Rechtsausübung. Jher. J. 65 S. 209 ff. (1915).
— Volkswirtschaftliche und sozialpolitische Theorien im BGB. L.Z. 1915 S. 879/880.
Lehmann: Gläubigerschutz (1926).
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach dem BGB. (1907).
Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. (1925).
Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht (1923).
Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft (1930).
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im bürgerl. GB. Arch. Civ. Prax. 93 S. 131 ff. (1902).
Schulz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb Arch. Civ. Prax. 105 (1909).
Spiegel: Rechtsfragen beim Eigentumsvorbehalt (1928).
Strauß: Stoff und Arbeit. Beitrag zur Lehre von der Spezifikation (1899).
Stulz: Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht (1930).
Tasche: Fremdwirkende Spezifikation, ihr Umfang und Wesen (1920).
Wagener: Eigentumsvorbehalt (1929).
Der Eigentums vorbehalt in Wirtschaft und Recht (herausgegeben von der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1931):
Schwartz: Der Eigentumsvorbehalt vom Standpunkt der Industrie.
Dohrendorf: Der Eigentumsvorbehalt vom Standpunkt des Großhandels.
Schalfejew: Der Eigentumsvorbehalt in der Rechtsprechung.
Orgler: Der Eigentumsvorbehalt in Interventionsprozessen.
Levy: Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs- und Vergleichsverfahren.
Liebstädter: Wie ist die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts zweckmäßig zu formulieren?
Michel: Der Eigentumsvorbehalt als rechtshistorisches Phänomen....
Auerbach: Der Eigentumsvorbehalt vom Standpunkt des Einzelhandels.
Meyerstein: Rechts- und wirtschaftspolitische Betrachtungen über den Eigentumsvorbehalt.
Ritter: Kreditversicherung durch Eigentumsvorbehalt (1930).

b) Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlich.

Cahn: Zeitgemäße Formen der Kreditsicherung. Bay. Z. Rpfl. 1925 S. 333 ff.
— Zum Entwurf eines Gesetzes betr. Einführung des Registerpfandrechts. Bay. Z. Rpfl. 1926 S. 97 ff.
Fränkel: Veredelungskredite. DJZ. 1922 S. 414 ff.
Geiler: Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek? JW. 1921 S. 543.
— Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek? Recht und Wirtschaft 1922 S. 25 ff.
Grünebaum: Die Mobiliarhypothek im Interesse unseres Wiederaufbaus. DJZ. 1930 S. 584.
Hirsch: Der moderne Handel, seine Organisation und Formen. in: Grundriß der Sozialökonomik. V. Abteilung. II. Teil. (1925).
Joël: Zum Recht des Eigentumsvorbehalts. Bank A. 1930 S. 309 ff.
Koch: Kreditgewährung und Veredelungsverkehr. Bank A. 1921 S. 92 ff.
Lion-Levy: Die Wirkungen des Eigentumsvorbehalts. Magazin der Wirtschaft 1931 Nr. 22 S. 908 ff.

Melchior: Einführung der Mobiliarhypothek und Aenderung des § 950 BGB. zwecks Erleichterung der Kreditbeschaffung im Veredelungsverkehr. Bank A. 1920 S. 55 ff.
Pesl: Eigentumsvorbehalt an ausländischen Rohstoffen. LZ. 1921 S. 562 ff.
— Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek? Bay. Z Rpfl. 1921 S. 194 ff.
Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages. (1922) (Vhdl.)

IV. Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

Bankarchiv
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
Das Recht.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Höchstrichterliche Rechtsprechung.
J.A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Juristische Wochenschrift.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

V. Nicht veröffentlichte Entscheidungen.

Beschluß des LG. KfH. Guben vom 12. April 1930. Mitgeteilt durch die Geschäftsstelle des LG. Guben.
Beschluß des 8. ZS. des KG. vom 5. Juni 1930. Mitgeteilt von der Vereinigung des Wollhandels in Leipzig. Auszugsweise in J.W. 1930 S. 2798.
Urteil des 3. ZS. des OLG. München vom 25. Febr. 1930. (Ber. Reg. L. 1625/29. III). Mitgeteilt von der Geschäftstelle des LG. Straubing.

VI. Literatur betreffend ausländisches Recht.

Ehrenzweig: Das Sachenrecht (1923) in: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. (6. Aufl.)
Entscheidungen des K.K. Obersten Gerichtshofs. Neue Folge.
Weyß: Der Eigentumsvorbehalt. Gerichtszeitung Wien (1929) S. 97 ff. S. 117 ff.
Staatgesetzblatt für die Republik Oesterreich.
Bundesgesetzblatt für die Republik Oesterreich.
Leemann: Sachenrecht (1920) in Gmür: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.
Neuner: Eigentumsvorbehalt. In Schlegelberger: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch. II. Band (1929).
Schauer und Rost: Die Kreditsicherung im internationalen Handelsverkehr. (1926).
Rost: Deutschland.
Kappe: Großbritannien.
Wahle: die österr. Nachfolgestaaten.
Schauer: Frankreich.
Hollander: Holland.
Frankenstein: Italien.
Gesetz betreffend den Vertrag der deutschen und niederländischen Regierung über Kredit und Steinkohlen vom 31. Dez. 1920. RGBl. 1921 Nr. 4 S. 55 ff.

Halberstadt: Der Eigentumsvorbehalt an Maschinen im europäischen Ausland. Sonderabdruck aus der Zeitschrift „Maschinenbau“ Bd. 6 Heft 15, S. 754.

VII. Formularsammlung.

Die in der Arbeit erwähnten Formulare sind mir auf Umfrage von zahlreichen Verbänden des Handels und der Industrie freundlichst zur Verfügung gestellt worden. Für diese freundliche und bereitwillige Unterstützung sage ich allen Verbänden meinen besten Dank.

A. Die gegenwärtigen Erscheinungsformen des EV. an Waren, die verarbeitet werden sollen.

§ 1. Entstehung und Entwicklung des EV. an Waren, die zu Verbrauch und Verarbeitung bestimmt sind.

Der EV., der im BGB. in § 455 nur eine kurze Erwähnung gefunden hat, hat in den letzten Jahren infolge der wachsenden Kreditunsicherheit eine ausgedehnte Anwendung erfahren. Nicht nur räumlich, sondern auch rechtlich. Vor allem die Wirtschaftsverbände in Handel und Industrie waren bemüht, dem EV. durch verschiedenartigste Zusätze und Erweiterungen auch da Geltung zu verschaffen, wo normalerweise der Eigentumserwerb des Abnehmers der Ware oder eines Dritten gerechtfertigt erschien (z. B. durch Weiterveräußerung, Verbindung, Verarbeitung).

Ursprünglich behielt man sich das Eigentum nur an solchen Waren vor, die nach ihrer Bestimmung für längere Zeit und unverändert im Besitze des Schuldners blieben, keiner wertmindernden Abnutzung ausgesetzt waren und allenfalls nur dem Schuldner selbst zum Gebrauche dienten, z. B. an Maschinen, Nähmaschinen, Möbeln usw. Hier war dem Gläubiger die Garantie gegeben, daß sein Eigentum bis zur Restzahlung des Kaufpreises durch den Schuldner erhalten blieb. Jedoch empfanden auch die Lieferanten weniger wertbeständiger Waren das Bedürfnis, sich für ihre unbezahlten Forderungen Sicherungen zu verschaffen. Da aber vielfach der Grundbesitz des Schuldners schon belastet war, ferner die Einrichtungen des Betriebes anderen Gläubigern, häufig Geldgebern, zur Sicherheit übereignet waren, blieb ihnen nichts anderes übrig, als Sicherheiten in ihren eigenen Waren zu suchen, mochten diese beschaffen sein, wie sie wollten. Das führte schließlich zum Vorbehalt des Eigentums an verbrauchbaren und solchen Waren, die ihrer Natur nach zur alsbaldigen Verarbeitung bestimmt waren, insbesondere an Rohstoffen und Halbfabrikaten.

Es fragte sich, ob ein derartiger EV. als rechtsgültig anzusehen war. Konnte die Vereinbarung solchen Vorbehalts ernstlich gemeint sein? Was konnte die Abrede eines solchen Vorbehaltes schon für einen Sinn haben, wenn das Eigentum nicht, wie die Parteien verabredeten, erst bei Zahlung des geschuldeten Kaufpreises, sondern schon vorher infolge Verarbeitung nach § 950 unterging? Zweck konnte ein EV. an zu verarbeitenden Waren dann allenfalls haben, wenn diese vor Verarbeitung eine längere Lagerung durchmachen mußten (so Dohrendorf S. 41) oder doch wenigstens nur eine ge-

ringe Umarbeitung empfingen, sodaß die Rechtsfolgen des § 950 nicht eintraten (Pesl in Bay. ZRpfl. 1921 S. 197). Besonders widersinnig erschien es, sich auf der einen Seite das Eigentum vorzubehalten, auf der anderen Seite dessen sofortige Verarbeitung ausdrücklich zu gestatten.

Diesen Gedankengängen ist die österr. Rechtsprechung gefolgt. Sie erklärt den EV. an verbrauchbaren Sachen mangels Ernstlichkeit der Abrede für nichtig. Eine derartige Abmachung könne ausnahmsweise nur dann Geltung haben, wenn dem Abnehmer Verbrauch oder Verarbeitung während der Schwebezeit ausdrücklich untersagt sei (Weyß in GZ. 1929 S. 118). „Es könne nicht in einem Atem — wenn der Verbrauch oder die Verarbeitung schon vor Vollzahlung gestattet wird — einerseits das Eigentum vorbehalten, andererseits dem Käufer die schrankenlose Aufhebung desselben gestattet werden". (Weyß GZ. 1929 S. 121).

Anders das deusche Recht. Hier haben die Gültigkeit eines EV. an verbrauchbaren Sachen zahlreiche Entscheidungen anerkannt[1]). Gerade im Gegensatz zum österr. Recht hat eine erstrichterliche Entscheidung die Scheinnatur eines EV. an verbrauchbaren Sachen aus dem Grunde angenommen, weil eine Abmachung, die dem Käufer die Verwendung der gelieferten Waren gestattet hätte, n i ch t getroffen war! (OLG. 15 S. 236).

Der deutsche Standpunkt wird, wie folgt, begründet. Wenn auch durch den Verbrauch, die Verarbeitung das Eigentum des Lieferanten erlischt, so besteht doch wenigstens bis zu diesem Zeitpunkt eine Sicherheit für ihn. Insbesondere darf der Schuldner in der Zwischenzeit keine den Lieferanten schädigende Verfügung treffen, er darf die Ware nicht einem anderen Gläubiger verpfänden oder zur Sicherheit übereignen, er darf die Ware nicht in unverarbeitendem Zustande veräußern, es sei denn, daß auch dies im Rahmen seines Geschäftes liegt[2]).

Der Lieferant kann der Zwangsvollstreckung von dritter Seite nach § 771 ZPO. widersprechen; auch hat er, wenn der Schuldner vor der Verarbeitung in Konkurs gerät, ein Aussonderungsrecht.

Nach der Fassung vieler Formulare[3]) darf der Schuldner auch noch nach der Verarbeitung, also wenn er bereits Eigentümer der

---

1) RG. Recht 1909 Nr. 651; OLG. Colmar Recht 1907 1005; Marienwerder Warn 1909 Nr. 198; OLG. Karlsruhe 2 S. 344; RG. Bank A. 28 S. 186: ferner RGRK. § 455 2; Staud. § 455 II 1 c; Staub. § 382. 68a; ebenso Schweiz, Leemann i. Gmürs Komm. ZGB. Art. 715. V 1 d.

2) Die Ansicht, er dürfe überhaupt nicht veräußern, (Rühl S. 36), ist wohl nicht zutreffend, zumal in den meisten Lieferungsbedingungen neben der Verarbeitung auch die Veräußerung gestattet wird.

3) z. B. in der Gurtfabrikation, in der Leinen-, Bunt-, Frottierweberei, in der Taschentuchfabrikation, Pappenfabrikation, Zuckerindustrie, im Holzhandel, im Flachglasgroßhandel.

Ware geworden ist, Verfügungen über die Ware nur im ordnungsmäßigen Geschäftsgang treffen. Dazu gehört auch, daß er die nunmehr verarbeitete Ware nicht unter Preis verkauft, nicht zum Zwecke der Gelderlangung einer Bank übereignet usw. Derartige, auch noch nach der Verarbeitung wirksame Bedingungen möchte ich unter dem Ausdruck „indirekte Sicherungsmaßnahmen des Vorbehaltseigentümers" zusammenfassen. Dazu gehört aber nach zahlreichen Formularen auch die antizipierte Abtretung solcher Forderungen, die dem Schuldner aus dem Weiterverkauf der unter EV. gelieferten und vor allem auch der verarbeiteten, ihm schon gehörigen Sachen an Dritte erwachsen. Die Zulässigkeit einer derartigen antizipierten Forderungsabtretung ist rechtlich anerkannt (Oertmann §§ 398, 399. 1 g; RG. 67 S. 167; 92 S. 238). Aus den angeführten Sicherungsmöglichkeiten dürfte sich ergeben, daß ein EV. an verbrauchbaren Sachen keinesfalls als Scheinabmachung anzusehen, vielmehr für wirksam zu halten ist.

§ 2. Von der formularmäßigen „Gestattung der Verarbeitung" bis zur „Erstreckung des EV. auf das Arbeitsprodukt" Weitere Abarten des EV.

Die Entwicklung und Ausgestaltung des EV. an zu verarbeitenden Sachen soll nun an Beispielen aus der Praxis gezeigt werden. Zunächst ist der sogen. „einfache EV." zu erwähnen. Er erklärt kurzhin:

> „Die Ware bleibt bis zu ihrer restlosen Bezahlung Eigentum des Verkäufers" oder: „Alle gelieferten Waren gehen erst mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises in das Eigentum des Empfängers über".

Diese Klausel begegnet hauptsächlich in den Verbandsformularen der Metallindustrie und des Nahrungsmittelhandels[4]); fast gar nicht in der Textilindustrie, hier höchstens in den Bedingungen von Einzelfirmen.

Man wird hier annehmen müssen, daß jedwede Verfügung[5]) dem Käufer vor Uebergang des Eigentums untersagt ist; denn die Klausel läßt in ihrer Knappheit und Kürze, ohne irgendwelchen Zusatz, wohl keine Auslegung irgendwelcher Art zu. Demnach muß auch eine Verarbeitung, selbst wenn es sich um bestimmungsgemäß zu verarbeitende Stoffe handelt, als ausgeschlossen gelten. Ein be-

4) Namentlich in der Fabrikation von Edelstahl, Bandeisen, Grobblech, Eisen und Stahl, Metalltuch, im Handel mit Drahterzeugnissen; bei Stärke, Kartoffelstärke, Dextrin, Rohzucker, Fleischeinfuhr; schließlich auch bei der Bronzefarbenfabrikation und in der Lederindustrie.

5) Verfügung ist hier nicht nur die rechtsgeschäftliche, sondern allgemein im Sinne von „Maßnahme" zu verstehen.

sonders ausgesprochenes Verbot jedweder Verfügung, das nur höchst selten in den Verbandsbedingungen vorkommt, erübrigt sich hier; vielmehr bedürfte die Erlaubnis, im Einzelfall zu verarbeiten, einer Vereinbarung, die hier nicht stillschweigend, sondern nur ausdrücklich zustandekommen könnte.

Eine weit größere Zahl von Verbänden hat bei der Fassung ihrer Formulare den Bedürfnissen der Praxis Rechnung getragen und die Verarbeitung ausdrücklich gestattet. Am häufigsten ist dies in der Webereibranche geschehen[6]). Folgende beiden Fassungen, in ihrer Wirkung verschieden, sind üblich:

a) „Bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises einschließlich aller Nebenforderungen (bei Bezahlung durch Scheck oder Wechsel bis zur Einlösung) bleibt die Ware Eigentum des Verkäufers. Solange hiernach das Eigentum des Verkäufers an der Ware besteht, darf sie der Käufer nur im regulären Geschäftsgang veräußern oder verarbeiten. Zu anderen Verfügungen über die Ware ist er bis dahin nicht berechtigt; insbesondere darf er sie nicht verpfänden oder zur Sicherheit übereignen".

b) „Die gelieferten Waren bleiben bis zur vollen Bezahlung des Kaufpreises (bei Wechseln oder Schecks bis zu deren Einlösung) Eigentum des Verkäufers. Dem Käufer ist jedoch gestattet, die Waren im Rahmen eines ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebes zu veräußern oder weiterzuverarbeiten, jedoch ist jede Verpfändung oder Sicherungsübereignung zugunsten Dritter ausgeschlossen. Bei Pfändung ist dem Verkäufer unverzüglich Mitteilung zu machen."

So ähnlich beide Klauseln erscheinen, bietet doch die zweite eine weitergehende Sicherheit gegen eine Vermögensverschlechterung des Schuldners. Nach dem klaren Wortlaut zu a) sind dem Käufer Verfügungen über die Ware, die nicht im regulären Geschäftsgang erfolgen, nur so lange verboten, als das Eigentum des Käufers an der Ware besteht, d. h. diese noch nicht verarbeitet ist mit Wirkung des Eigentumsüberganges. Nach Verarbeitung kann der Käufer also beliebig verfügen.

Darüber hinaus ist der Klausel zu b) eine weitere Auslegung zu geben, die durch den Zweck des Vorbehalts, die möglichste Sicherung des Verkäufers, gerechtfertigt erscheint. Jegliche nicht reguläre geschäftliche Maßnahme, insbesondere Verpfändung und Sicherungsübereignung, muß danach dem Käufer selbst dann noch unter-

6) So in der Leinen-, Bunt-, Frottier-, Futterstoffweberei, in der Taschentuchfabrikation, in der Fabrikation von Seidenstoff, Schirmstoff, Samt, Plüsch, Gurt, Damenkonfektionsstoff, Kostümstoff; in der Stoffdruckerei, im Tuchhandel, in der Baumwoll-Nähfadenfabrikation. Außerdem auch in der Pappenfabrikation, Schokolade-, Glukosefabrikation, in der Zuckerindustrie, teilweise im Holzhandel, im Handel mit Flachglas.

sagt sein, wenn er infolge der gestatteten Verarbeitung bereits Eigentümer der Ware geworden ist. Nach dem weiter gefaßten Wortlaut der Klausel zu b) soll eben der Käufer selbst über seine eigenen Sachen keine ordnungswidrigen Maßnahmen treffen dürfen, bis die Kaufpreisschuld getilgt ist; erst dann kann der Verkäufer kein berechtigtes Interesse mehr daran haben, noch weiterhin dem Käufer Verfügungsbeschränkungen aufzuerlegen. An der obligatorischen Gültigkeit dieser Abmachung ist nicht zu zweifeln[7]); sie bedeutet keinesfalls eine sittenwidrige Knebelung.

Schon oben habe ich derartige Verfügungsbeschränkungen des Käufers über seine eigene Ware als indirekte Sicherungsmaßnahmen bezeichnet; denn für den Fall einer Zwangsvollstreckung oder des Konkurses hat der Warenlieferant kein Recht an der verarbeiteten Ware. Er ist bloß dagegen geschützt, daß der Käufer durch leichtsinnige Maßnahmen sein Vermögen verschlechtert.

Beide Klauseln sind häufig dahin erweitert, daß die Forderungen aus der Weiterveräußerung, auch solcher Ware, deren Eigentümer der Käufer bereits durch Verarbeitung geworden ist, von vornherein als an den Verkäufer abgetreten gelten. Auch das kann selbstverständlich nur bis zur Zahlung der Kaufpreisschuld gelten, ab dann wird der Verkäufer zur Rückübertragung verpflichtet sein. Die Zession der Forderung ist aber auch unter der auflösenden Bedingung der Schuldtilgung denkbar; § 158 Abs. 2. So in der Klausel eines westdeutschen Holzhändlerverbandes:

> „Die Abtretung der Forderung wird von selbst hinfällig, sobald der Käufer seine Schulden an den Verkäufer vollständig bezahlt hat".

Und nun eine Erklärung, wie der Lieferant dazu kommt, in den Bedingungen die Verarbeitung und damit die Vernichtung seines Eigentums ausdrücklich zu gestatten. Der Lieferant hat in erster Linie ein Interesse daran, für die gelieferten Waren sein Geld zu erhalten. Ihm ist nicht damit gedient, nach langer Zeit statt des Geldes seine eigene Ware zurücknehmen zu müssen, vor allem nicht in Branchen, die Saisonartikel herstellen und Einflüssen der Mode ausgesetzt sind. Er gestattet lieber seinem Abnehmer Verarbeitung und Veräußerung der Ware, die diesen instand setzen, aus dem daraus gewonnenen Erlöse die Kaufpreisschuld abzutragen. Je nach der Formulierung des Vorbehaltes wird man bei einer Gestattung der Verarbeitung sogar annehmen müssen, daß der Käufer verpflichtet ist, mit dem Erlös aus einer bestimmten Ware zunächst den Lieferanten des entsprechenden Rohstoffes zu befriedigen. (OLG. Colmar 15 S. 236; RG. Recht 1909 Nr. 651; Marienwerder Warn. 1909 Nr. 198).

---

7) Vgl. § 137.

Nachdem die Erlaubnis der Verarbeitung einmal allgemeine Verbreitung gefunden hatte, hat man den letzten Schritt getan und sie auch mangels einer ausdrücklichen Hervorhebung als stillschweigend vereinbart angenommen, wenn die Vorbehaltsklausel eine dahingehende Auslegung zuließ und dies auch im Einzelfall gerechtfertigt erschien. Nicht jede Klausel wird einer derartigen Auslegung fähig sein, so wohl nicht die anfangs erwähnte, kurzgefaßte: „Die Ware bleibt bis zu ihrer restlosen Bezahlung Eigentum des Verkäufers". Wohl aber solche Klauseln, bei denen aus dem Verbot bestimmter, im Geschäftsverkehr irregulärer Maßnahmen, wie Verpfändung und Sicherungsübereignung, zu schließen ist, daß nicht aufgezählte Maßnahmen, soweit sie in der betreffenden Branche im Rahmen des Geschäftes bleiben, gestattet sein sollen. Zweifelsfrei erscheint das in folgender, sehr verbreiteten Fassung[8]):

„Bis zur völligen Bezahlung..... Der Käufer ist bis dahin ohne Zustimmung des Verkäufers nicht berechtigt, die Ware an Dritte zu verpfänden oder zur Sicherheit zu übereignen....."

Fraglich ist es in folgender, vereinzelt vorkommender Klausel[9]):

„..... So lange hiernach das Eigentum des Verkäufers an der Ware besteht, darf sie der Käufer nur im regulären Absatzgeschäft veräußern. Zu anderen Verfügungen über die Ware ist er bis dahin nicht berechtigt; insbesondere darf er sie nicht verpfänden oder zur Sicherheit übereignen".

Nach dem Wortlaut ist hier nur die Veräußerung im regulären Absatzgeschäft gestattet, andere Verfügungen aber nicht. (Man kann hier natürlich nicht sagen, die Verarbeitung sei ja keine (rechtsgeschäftliche) Verfügung, folglich sei sie erlaubt; Verfügung ist hier allgemein als „Maßnahme" zu verstehen). Trotzdem soll meines Erachtens dasselbe wie für die Veräußerung hier auch für eine ordnungsmäßige Verarbeitung gelten; das zeigt der Hinweis auf den Begriff des regulären Absatzgeschäftes wie das Verbot der Verpfändung und Sicherungsübereignung als der typischen irregulären Geschäftshandlungen.

Es genügt zur Annahme einer stillschweigend gestatteten Verarbeitung aber nicht allein eine auslegungsfähige Vorbehaltsformel, hinzukommen muß, daß nach Lage des Einzelfalles eine stillschweigende Befugnis zur Verarbeitung angenommen werden kann.

---

8) So und ähnlich vorkommend in der Baumwollspinnerei, bei Fabrikation von Baumwoll-, Strick- und Handarbeitsgarnen, in der Baumwollweberei, Tüllweberei, in der Wirkereibranche, in der Tapisseriefabrikation, in der Fabrikation von Wachstuch, Ledertuch und Kunstleder. Ferner in der Tabakindustrie, in der Textilriemenfabrikation, im Ledergroßhandel, in der Mühlenindustrie, in der Möbel- und Stahlmöbelfabrikation.

9) Z.B. im Kleiderstoffgroßhandel.

Das ist aber immer der Fall, wenn der Käufer Waren der gelieferten Art in seinem Geschäfte zu verarbeiten pflegt und dieses dem Verkäufer bekannt ist oder sein muß. (R.G. in Bank A. 1928 S. 186; Stulz S. 23; Lion-Levy in Mag. d. Wirtsch. 1931 S. 1909; Ritter S. 27; Schwartz S. 24). Aus dem oben Gesagten geht hervor, daß eine derartige stillschweigende Befugnis zur Verarbeitung stets mit der Einschränkung zu verstehen ist, daß sie nur im ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb vorgenommen wird. Ein Unterschied zu der in Formularen a u s d r ü c k l i c h gestatteten Verarbeitung besteht insofern, als darin ganz a l l g e m e i n eine Erlaubnis zur Verarbeitung erteilt ist, während im letzteren Falle immer erst im Einzelfall festgestellt werden kann, ob eine stillschweigende Gestattung als erteilt anzusehen ist.

Findet man noch häufig ausgesprochen (RG. Recht 1909 Nr. 651; RGRK. zu § 455. 3; Ritter S. 27), daß im Falle eines EV. „in der Regel" jede Verfügung des Käufers ausgeschlossen ist, die den EV. zunichte machen würde, so läßt sich heute fast das Gegenteil behaupten, daß nämlich „in der Regel" der Käufer befugt ist, über die Vorbehaltsware zu verfügen, wenn diese in einer für den Veräußerer erkennbaren Weise gerade zur Verarbeitung im Geschäftsbetrieb des Käufers angeschafft wurde.

Meyerstein, der Syndikus der I. ü. H. K., Berlin, (S. 10/11) hat sich dagegen gewandt, daß der EV. an verbrauchbaren und zu verarbeitenden Waren nicht nur im Einzelfall, sondern generell „formularmäßig" zur Anwendung gelange. Demgegenüber führt Schwartz (S. 32/33) zu Recht aus, es habe keinen Zweck, gegen diese Entwicklung weiter Stellung zu nehmen, denn die formularmäßige Anwendung des EV. sei heute eine „feststehende Tatsache" geworden. Es sind bereits oben zahlreiche Branchen genannt worden, in denen der EV. gerade auch bei zu verarbeitenden Waren generell vereinbart wird. Vor allem zeigt sich, daß der EV. hier sogar in einer weiteren Entwicklung begriffen ist. In den bisher behandelten Fällen hatte sich der Verkäufer stets mit dem Untergange des vorbehaltenen Eigentums abgefunden. Es sind aber weiter die zahlreichen Versuche zu erörtern, welche den EV. an zu verarbeitenden Waren auch über die Verarbeitung hinaus wirksam zu erhalten suchen, ihn auf das „Arbeitsprodukt erstrecken" wollen. Wenn demgegenüber Rühl S. 39 ausspricht, nach Angabe des Reichsverbandes des kreditgebenden Einzelhandels (Berlak u. Felix S. 12) werde an Gegenständen, die ihrer Natur nach zur baldigen Verarbeitung bestimmt sind, ein EV. in aller Regel nicht mehr vereinbart, und weiterhin Staub-Koenige noch in der Ausgabe von 1927 zu § 382 Anm. 68a, es müsse im Handelsverkehr als ausgeschlossen erachtet werden, daß der Käufer trotz Verarbeitung das Eigentum auch an der neuen Sache dem Verkäufer einräumt, so darf das nicht unwidersprochen blei-

ben. Weitaus die größere Zahl von Wirtschaftsverbänden hat den EV. auch bei zu verarbeitenden Waren in ihre Zahlungsbedingungen aufgenommen, und unter diesen hat wiederum ein großer Teil versucht, durch besondere Formulierungen den EV. auch am Arbeitsprodukt aufrechtzuerhalten. Auffallend ist, daß die meisten vorliegenden Formulare gerade aus den letzten Jahren, von 1930 und 1931, stammen, und häufig ist speziell die Vorbehaltsklausel allein einer Neufassung unterzogen worden, während der übrige Inhalt unverändert blieb. Das zeigt doch, daß Anwendung und Ausgestaltung der Vorbehaltsklausel noch weiter um sich greift und ausgedehnt wird.

Kurz sollen hier die wichtigsten Wege angedeutet werden, auf denen man zu einer Erstreckung des EV. auf das Verarbeitungsprodukt zu gelangen suchte. Am häufigsten sucht man das zu erreichen, indem man die Anwendung des § 950, der als dispositive Vorschrift angesehen werden müsse, durch Vertrag zwischen den Parteien ausschließt. Beliebt ist auch folgende Konstruktion: Man findet sich mit den Rechtsfolgen des § 950 ab, vereinbart aber schon im Zeitpunkt der Warenlieferung ein Besitzkonstitut nach § 930 für den Zeitpunkt des Entstehens der neuen Sache infolge der Verarbeitung. Schließlich sucht sich der Lieferant dadurch am Arbeitsprodukt zu sichern, daß er mit dem Fabrikanten ein Abhängigkeitsverhältnis vereinbart, zufolge dessen der Fabrikant die Verarbeitung „für" den Lieferanten vornimmt, sodaß der Lieferant als „Hersteller" im Sinne des § 950 erscheint, und auch die Rechtsfolgen, der Eigentumserwerb, in seiner Person eintreten. Auf diese Versuche ist später im einzelnen zurückzukommen.

Es ist nun noch zu erwähnen, wie der EV. rechtlich aufzufassen ist. § 455 erklärt: Die Uebertragung des Eigentums ist im Zweifel aufschiebend bedingt. Als aufschiebende Bedingung kommt der EV. denn auch in der Praxis fast ausschließlich vor. Denkbar ist auch die Uebertragung des Eigentums unter auflösender Bedingung (so der EV. im Schweizer ZGB.; jedoch str. Leemann zu Art. 715 III 2); denn § 455 läßt eine abweichende Regelung zu. Unter den vorliegenden Formularen enthielten nur zwei den EV. unter auflösender Bedingung, und zwar betr. Waren, die einer Weiterverarbeitung nicht unterlagen. Es soll daher in dieser Arbeit von einer Erörterung der Rechtslage bei auflösend bedingtem EV. abgesehen werden.

Der uneigentliche oder unechte EV. ist praktisch besser verwendbar, aber auch er wird nur hin und wieder vereinbart[10]). Hier geht das Eigentum mit sofortiger Wirkung und endgültig auf den Er-

10) In Formularen der Herren- und Knabenkleiderkonfektion, der Gummimäntelfabrikation; nach Stulz S. 42 bei Verkäufen von zur Verarbeitung bestimmten Waren, so im Wollhandel.

werber über; ihm sind lediglich gewisse Maßnahmen bis zur Zahlung des Kaufpreises untersagt. Ein Vorbehalt des Eigentums im technischen Sinne liegt also nicht vor. Die Klausel lautet einfach: „Vor erfolgter Bezahlung bezw. Einlösung der Wechsel und Schecks darf ohne Zustimmung des Verkäufers die nichtbezahlte Ware weder verpfändet noch zur Sicherheit übereignet werden".

Diese Klausel bietet demjenigen, der von der Vereinbarung eines echten EV. an zu verarbeitenden Waren wegen der Rechtsfolgen des § 950 absieht, dieselben Sicherheiten, die dem Lieferanten, der einen echten EV. mit Gestattung der Verarbeitung vereinbart hatte, nach der Verarbeitung noch übrig bleiben.

B. Die Rechtsfolgen der Verarbeitung.

§ 3. Die im § 950 genannten Rechtsfolgen.

Die Rechtsfolgen des § 950 sollen, ehe ich darauf in Verbindung mit dem EV. an zu verarbeitenden Sachen zu sprechen komme, zunächst ganz allgemein klargestellt werden. Das ist schon deshalb nötig, um bei den späteren Erörterungen nicht mehr durch Klarstellungen grundsätzlicher Art aufgehalten zu werden und einfach hierher verweisen zu können.

Auf den ersten Blick erscheinen die Rechtsfolgen des § 950 klar und einfach. Derjenige, der durch seine Arbeit eine neue Sache schafft, wird im Falle des Mehrwerts seiner Arbeit Eigentümer. Doch sind die Fälle, die das Gesetz an dieser Stelle nicht ausdrücklich regelt, und die daher zu Zweifeln Anlaß geben, sehr zahlreich. Wie ist beispielsweise die Rechtslage, wenn zwar eine neue Sache geschaffen wurde, aber der Wert der Arbeit erheblich hinter dem Wert des Stoffes zurückbleibt? Ferner, welche Eigentumsverhältnisse entstehen, wenn jemand nicht eine fremde, sondern seine eigene Sache verarbeitet? Erlöschen dann auch die an dem Stoffe bestehenden Rechte? Soll im Falle der Verarbeitung, aber erheblichen Mehrwertes des Stoffes, die Arbeit bei der Eigentumsregelung berücksichtigt werden? Wie verhält es sich im letzten Falle, wenn der Stoff mehrerer Eigentümer verarbeitet wurde?

Diese und ähnliche Fragen haben im Gesetz keine ausdrückliche Regelung gefunden. Zu unterscheiden sind sie von den Fragen, die sich aus der Auslegung der gesetzlich genannten Tatbestandsmerkmale, also der im Gesetz enthaltenen Begriffe, ergeben.

Die oben beispielsweise aufgezählten Fragen sind von der Literatur in der verschiedensten Weise beantwortet worden. Es ist m.E. erforderlich, die Lösung sämtlicher Fragen einheitlich, im Sinne eines

gemeinsamen Gedankens zu finden. Dieser muß aus dem Zweck, aus der Grundidee des § 950 gewonnen werden. Daher soll zunächst der Grundgedanke des § 950 erforscht werden, dann sollen daraus die rechtlichen Folgen des § 950 und der dabei entstehenden Fragen hergeleitet werden, schließlich soll eine Umgrenzung der Tatbestandsmerkmale vorgenommen werden.

a) Der dem § 950 zugrundeliegende Rechtsgedanke.

Man hat in § 950 die verschiedenartigsten Grundideen zu finden geglaubt, das hing jeweils davon ab, welches einzelne Tatbestandsmerkmal gerade als ausschlaggebend angesehen wurde.

So ging man[1]) z. B. davon aus, daß durch die Veränderung bestehender Sachen neue Verhältnisse geschaffen worden sind, die einen neuen wirtschaftlichen Wert repräsentieren, der aus dem Werte des Stoffes und der Wertsteigerung infolge der daran vorgenommenen Arbeit resultiere. An diesem Ergebnis habe sowohl der Stoffeigentümer als auch der Arbeiter Anteil. Da es aber nicht angehe, die nunmehr neugeschaffenen wirtschaftlichen Werte zu zerstören und beiden, sowohl dem Stoffeigentümer als auch dem Arbeiter, ihr Teil daran zuzuweisen, so müsse, um der Werterhaltung des Produktes willen, eine klare einheitliche Eigentumsregelung erfolgen. Diese Regelung sei dann zugunsten der produktiven Arbeit ausgefallen.

Diese Auslegung des § 950 lehnt sich m. E. zu sehr an die Gründe an, die für die Bestimmungen der Verbindung und Vermischung maßgebend waren, in dem sie zu einseitig den Nachdruck auf die Erhaltung des geschaffenen Wertes und eine Klarstellung des Eigentums legt. Dementsprechend wird gerade das Moment, welches die Spezifikation von der Verbindung und Vermischung abhebt, die produktive Arbeit, nicht gebührend herangezogen. Es wird nicht gesagt, daß diese für die neue Eigentumsregelung ausschlaggebend ist. Wäre es aber dem Gesetzgeber hauptsächlich auf die Erhaltung der neugeschaffenen Werte und eine einheitliche Regelung angekommen, so hätte er das Eigentum ja auch dem Stoffeigentümer zusprechen können und den Verarbeiter wegen seines Anteils am Ergebnis in die obligatorische Auseinandersetzung verweisen können. Gerade die Tatsache aber, daß in § 950 die Arbeit gegenüber dem Stoffeigentum bevorzugt wird, zeigt klar, daß ihr vom Gesetzgeber für die Verarbeitung eine grundlegende Bedeutung beigemessen wurde.

Die hier abgelehnte Ansicht wird in gesteigertem Maße von Schulz S. 372 vertreten. Er hält es für unrichtig, von Schutz der

1) So schon das römische Recht, die sogen. Mittelmeinung Justinians; Cosack S. 174; Schulz S. 372.

Arbeit zu reden, „die Arbeit sei auch genügend geschützt, wenn der Verarbeiter nur eine Vergütung erhielte." Schulz kommt es auf einen wirtschaftlichen Interessenausgleich an. Zwar befürwortet auch er eine einheitliche Regelung des neuen Eigentums. Das soll bei ihm ganz allgemein dann geschehen, wenn Arbeit und Stoff sich unlöslich in einem Arbeitsergebnis zusammengefunden haben. Das Eigentum soll demjenigen zugeteilt werden, dessen Beitrag, gleichgültig ob Stoff oder Arbeit, einen höheren Reproduktionswert hat, d. h. dessen Beitrag im Falle einer Wiederbeschaffung größere Kosten verursachen würde. Sein Gedankengang ist: Es ist wirtschaftlich gerechtfertigt, daß derjenige sich mit einem obligatorischen Ausgleichsanspruch zufrieden geben muß, dessen Beisteuerung zum Arbeitsergebnis billiger zu ersetzen ist.

Damit hat er die Theorie vom Reproduktionswert der Arbeit aufgestellt. Er glaubt im Rahmen des Gesetzes zu bleiben. Das ist aber nicht der Fall. Denn nach § 950 erwirbt der Verarbeiter auch dann Eigentum, wenn der Wert der Arbeit geringer ist als der des Stoffes, sofern der Minderwert der Arbeit nicht „erheblich" ist. Hier müßte aber nach der Theorie von Schulz das Eigentum dem Stoffeigentümer zugesprochen werden, weil eben die weniger wertvolle Arbeit billiger zu ersetzen ist. Weiterhin kommt es nach Schulz nicht darauf an, ob eine neue Sache vorliegt. Er hält dies Erfordernis für „unnütz" (S. 369). Entscheidend sei eben nur, ob Stoff und Arbeit zu einer Einheit verbunden seien. Auch darin liegt eine Abweichung vom Gesetz. Schulz hat eine rein zweckmäßige, wirtschaftliche Lösung geben wollen, die de lege ferenda vielleicht als praktisch zu erörtern wäre, mit dem Gesetzeswortlaut des § 950 aber nicht in Einklang zu bringen ist und daher abgelehnt werden muß.

Eine andere Ansicht sucht eine Begründung einzig und allein in dem Gedanken der produktiven Arbeit (Strauß S. 17). Er sieht in § 950 den Ausfluß einer „wirtschaftlich entwickelten Zeit, in der Gewerbe, Handel und Industrie blühen". Daß der Gedanke der N e u h e i t der Sache auch eine gewisse Bedeutung habe, will er nicht zugeben, das sei ein Gesichtspunkt, unter dem römische Juristen die Spezifikation wohl betrachten könnten, nicht aber die heutige Zeit, in der das Recht der Arbeit und der Schutz der Arbeit eine solche Entwicklung genommen hätten. Aehnlich Otto Fischer S. 70: „Der Zweck des Eigentumserwerbs durch Spezifikation könne allein sein ein maßvoller Schutz der redlichen Arbeit. Im weiteren bedürfe es eines Arbeitserfolges von wirtschaftlicher Bedeutung." Soweit Strauß die Arbeit als einen Grundgedanken für die Schaffung des § 950 ansieht, kann dem nicht widersprochen werden. Die Arbeit ist bewußt als wirtschaftlicher Wertfaktor berücksichtigt worden. Aber daß es allein die Arbei ist, auf die sich die Rechts-

folgen der Spezifikation gründen, kann nicht anerkannt werden. Dann wäre es nicht zu verstehen, daß auch dem unredlichen Spezifikanten, der wissentlich fremden Stoff unerlaubt für sich verarbeitet, die Vorteile des § 950 ebenso zugute kommen, wie dem redlichen Verarbeiter. Auch davon abgesehen ist darauf hinzuweisen, daß auch die werteschaffende Arbeit für sich allein noch keine Spezifikation bedeutet; denn diese liegt nach dem Gesetz nicht vor, wenn der Wert des Stoffes erheblich größer ist als der Wert der Arbeit, mag diese an und für sich auch produktiv gewesen sein. Vor allem aber betont das Gesetz, daß eine n e u e Sache geschaffen worden sein muß. Dieser Gedanke wird von Strauß wie auch von Fischer offensichtlich nicht für wichtig gehalten. Beiden ist aber mit Planck § 950 Ia entgegenzuhalten, daß auch durch eine „Transportleistung" ein Arbeitserfolg von wirtschaftlicher Bedeutung bewirkt wird, der auf eine wertschaffende Arbeit zurückgeht, daß man aber doch hier keinesfalls den § 950 zur Anwendung bringen kann.

Schließlich sei noch auf eine Deutung des § 950 verwiesen (RGRK § 950. 10), wonach in dieser Gesetzesbestimmung „der Widerstreit zwischen dem Recht der Arbeit und dem Recht des Stoffes entschieden werden soll". Auch damit wird etwas Richtiges gesagt, aber auch nur teilweise. Einerseits wird nicht genügend die Bevorzugung der wirtschaftlichen Arbeit betont, vor allem wird auch hier das Erfordernis der Sachneuheit vollkommen übersehen; denn ein Widerstreit zwischen Stoff und Arbeit kann auch da entstehen, wo trotz Zusammentreffens beider Faktoren noch keine neue Sache entstanden ist.

In den angeführten Begründungen für den § 950 wird m. E. der Fehler begangen, daß sie sich zu sehr an e i n herausgegriffenes Tatbestandsmerkmal klammern und in ihm den Kernpunkt der ganzen Regelung sehen wollen.

Es ist aber daran festzuhalten, daß der Begriff der Spezifikation durch das Zusammenwirken mehrerer Tatbestandsmerkmale gebildet wird, von denen keines für überflüssig zu halten ist. Es sind folgende Erfordernisse aufzustellen: 1. Es muß eine „neue Sache" hergestellt sein. 2. Sie muß durch „Verarbeitung oder Umbildung" hergestellt sein. 3. Der Wert der Arbeit darf nicht erheblich geringer sein als der Wert des Stoffes. Die letzten beiden Punkte möchte ich zusammenfassen als: Hersellung durch „produktive Arbeit"[2]).

Also Sachneuheit und produktive Arbeit sind als Gründe für die Regelung in § 950 anzusehen. Und zwar ist an erster Stelle der Begriff der neuen Sache zu nennen; weil gleichsam die alte Sache nicht

2) Auch dieser Ausdruck trifft das Gemeinte nicht ganz genau, da auch produktive Arbeit erheblich hinter dem Wert des verarbeiteten Stoffes zurückbleiben kann.

mehr da ist, sondern ein neues Sachobjekt entsteht, ist es nötig, daß für die neue Sache eine Eigentumsregelung getroffen wird[3]). Es entsteht also zunächst die Notwendigkeit, daß überhaupt eine Regelung über das Eigentum an der neuen Sache getroffen wird. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, wie diese Eigentumsregelung geschieht. Für diese zweite Frage ist nach § 950 der Begriff der produktiven Arbeit ausschlaggebend, wodurch dem Hersteller das Eigentum an der neuen Sache zugewiesen wird. Mit anderen Worten: Durch die Sachneuheit entsteht die Notwendigkeit, das Bedürfnis einer Eigentumsregelung. Ueber das „Wie" dieser Regelung ist damit noch nicht befunden. Darüber entscheidet § 950 zugunsten der produktiven Arbeit. (Diese zweite Regelung war nicht zwangsnotwendig, sie hätte auch zugunsten des Stoffes ausfallen können. Aber die positive Gesetzesbestimmung hat die Arbeit für ausschlaggebend erklärt.)

An dieser Stelle soll kurz auf den Rechtsstreit der Proculianer und Sabinianer im römischen Recht verwiesen werden. Die Proculianer ließen den Spezifikanten, der der Materie durch seine Arbeit eine neue Form gegeben und damit eine neue Sache geschaffen hatte, Eigentum an der neuen Sache erwerben. Als Kriterium, daß eine neue Sache geschaffen war, galt bei ihnen die neue Form, die nova species. Die Sabianer dagegen beließen das Eigentum trotz neuer Form dem Stoffeigentümer; denn nach ihren naturphilosophischen Anschauungen wurde die Sache selbst durch ihre neue Form, ihr neues Aussehen keine andere, die Materie blieb ja dieselbe (Hedemann S. 170). Daraus erklärt sich also die Verschiedenheit der Lösungen der römischen Rechtsschulen. Dagegen spielte der Gedanke der produktiven Arbeit bei ihnen noch keine Rolle, war jedenfalls nicht ausschlaggebend für ihre Entscheidungen bei der Spezifikation (Strauß S. 9). Vielmehr ist die Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen nur darauf zurückzuführen, daß bei der Spezifikation der Proculianer der Form eine maßgebliche Bedeutung zuerkannten, während die Sabinianer trotz der Formveränderung in der Sache die alte Materie wiedererkannten. Nach heutigen Begriffen war den Proculianern die Sache „neu", und das veranlaßte sie, die Rechtsbeziehungen zu der neuen Sache zu ordnen; den Sabinianern bedeutete die Formveränderung keine Neuheit der Sache, für sie war eine Spezifikation in unserem Sinne gar nicht gegeben; es blieb somit naturnotwendig das alte Eigentum an der alten Sache bestehen.

Wenn wir heute die Spezifikationsregeln anwenden, so setzen wir als feststehend voraus, was bei den Römern Gegenstand des Streites

3) Die Bedeutung der Sachneuheit auch bei Heck S. 262 hervorgehoben: „Die Rechtsänderungen beruhen auf körperlicher Veränderung, nicht auf gewollter Vermögensverschiebung".

war, nämlich daß eine neue Sache entstanden ist. Und das ist für uns, wie ehedem für die Proculianer, der Grund, an der neuen Sache Rechtsverhältnisse zu schaffen; denn infolge der Verarbeitung ist die alte Sache nach unseren Anschauungsbegriffen nicht mehr existent, an ihre Stelle ist eine andere, eben die neue Sache getreten. Die an der alten Sache begründeten Rechte, auch das Eigentumsrecht, müssen aber mit der Verarbeitung untergehen, da ja das Objekt, an dem sie bestanden, nicht mehr da ist. An der neu entstandenen Sache bestehen, rein begrifflich, zunächst gar keine Rechte, weil sie vor der Verarbeitung der früheren Sache noch nicht existent war. Sie ist also zunächst herrenlos. Es entsteht ein Vacuum, jedoch nur für einen juristischen Augenblick. Denn nunmehr greift die Gesetzgebung ein, um das Eigentum an der neuen Sache, dem neuen Objekt, einem Rechtssubjekte zuzusprechen. Das ist die Bedeutung des Begriffs der neuen Sache: Eine Sache, die ehedem nicht vorhanden war, entsteht und macht es notwendig, daß Rechtsverhältnisse, und zwar nicht „neue", sondern „überhaupt einmal" Rechtsverhältnisse an ihr begründet werden.

Jetzt erst, nachdem infolge des Begriffes der neuen Sache die soeben geschilderten Verhältnisse entstanden sind, kommt der Gedanke der produktiven Arbeit zur Geltung. Er bestimmt, an *wen* das Eigentum an der neuen Sache zufallen soll, und benennt als Erwerber den, der sie in wirtschaftlich produktiver Arbeit hergestellt hat.

Diese eigentumsbegründende Wirkung des Gedankens der produktiven Arbeit setzt aber die durch die Entstehung der neuen Sache geschaffene Sachlage voraus, der Gedanke der Arbeit tritt erst dann in Funktion, nachdem zuvor durch Verarbeitung eine neue Sache entstanden ist, die noch in niemandes Eigentum steht. Wäre für die Eigentumsbegründung in § 950 allein der Gedanke der Arbeit maßgebend, so würde im Zeitpunkt der Verarbeitung das neue Eigentum des Herstellers das alte, aber noch vorhandene Eigentum des Stoffeigentümers „verdrängen". Aber dadurch, daß im § 950 der Begriff der neuen Sache als besonderes Tatbestandsmerkmal aufgenommen ist, greift der Eigentumserwerb des Arbeiters erst in einem Augenblicke Platz, in dem infolge Untergangs der alten und Schaffung der neuen Sache ein vorübergehendes Vacuum entstanden ist, das durch die Regelung des § 950 sofort gefüllt wird. Der Untergang des alten Eigentums tritt also nicht nur korrespondierend mit dem durch § 950 dekretierten Eigentumserwerb des Arbeiters ein, sondern ist unabhängig von dem letzteren schon durch den Begriff der Sachneuheit gegeben.

b) Lösung der in § 950 auftauchenden Rechtsfragen unter Zugrundelegung des Zweckgedankens.

An Hand der dargestellten, dem § 950 zugrundeliegenden Gedanken soll nun versucht werden, die verschiedenen, bei der Verarbeitung vorkommenden Fälle und Rechtslagen unter einheitlichem Gesichtspunkt zu lösen. Bei diesen Lösungsversuchen sollen in erster Linie die Grundgedanken des § 950, dann erst eine analoge Verwendung der Vorschriften über Verbindung und Vermischung behilflich sein.

a) Klar liegt der Fall, wenn eine fremde Sache verarbeitet wird. Er ist im Gesetz geregelt und bestimmt den Eigentumserwerb des Herstellers. Die an dem Stoffe bestehenden Rechte erlöschen; § 950 Abs. 2. Diese letztere Rechtsfolge hätte im Gesetze gar nicht erst ausgesprochen zu werden brauchen; denn wenn schon in Abs. 1 von neuer Sache gesprochen wird, so ist damit zur Genüge darauf hingewiesen, daß die frühere Sache als nicht mehr existent angesehen wird und also die Rechte an ihr mit dem Objekte untergehen müssen. Immerhin ist die Regelung des § 950 Abs. 2 um deswillen nicht überflüssig, als dadurch jeder sonst etwa aufgetauchte Zweifel über eine analoge Verwendung des § 949, Satz 2 und 3 ausgeschlossen wird.

b) Lebhaft bestritten ist die Frage, ob auch derjenige, der eigene Stoffe verarbeitet, nach Spezifikationsrecht neues Eigentum erwirbt oder ob das Eigentum an der neuen Sache das alte bleibt[4]). Nach den oben entwickelten Grundideen des § 950 ist das alte Eigentum mit der Sache als nicht mehr existent anzusehen. Nimmt man schon an, daß infolge der Verarbeitung zur neuen Sache der alte Stoff nicht mehr vorhanden ist und die an ihm bestehenden Rechte einschließlich des Vollrechtes, des Eigentums, untergehen, so ist nicht einzusehen, warum das nicht der Fall sein soll, wenn zufällig der Stoffeigentümer selbst durch Verarbeitung den Untergang der Sache herbeiführt. Entscheidend für den Untergang der Rechte war ja lediglich die Tatsache, daß die alte Sache aufgehört hat, zu existieren. An dieser Tatsache wird aber dadurch, daß der Stoffeigentümer selbst die Verarbeitung vornimmt, nichts geändert. Sein altes Eigentum ist erloschen, er erwibt an der neuen Sache ein neues, originäres Eigentum. Dem steht auch die Ansicht von Tuhrs S. 139 nicht entgegen, wonach ein dingliches Recht von bestimmtem Inhalt einem Subjekt nur aus einem Rechtsgrund zustehen, man also nicht

4) Dagegen: RGRK. § 950. 10; Planck § 950. 1; Biermann § 950 4 d. Manigk S. 668; Strauß S. 3. Dafür: Staud. § 950. 1a; Simeon-David § 94 Anm. 19; Cosack S. 174; Rümelin S. 285; wohl auch Kohler S. 211/212· Tasche S. 1; Schalfejew S. 114; OLG. 14 S. 105. Auch die von Rühl S. 138 III gezogenen Folgerungen beruhen wohl auf der Annahme neuen Eigentums.

aus mehreren Gründen Eigentümer einer Sache sein kann. Denn im Zeitpunkt der Verarbeitung ist ja das alte Eigentum erloschen, das originäre Eigentum an der neuen Sache ist also der einzige Rechtsgrund des Erwerbs. (Aehnlich läßt v. Tuhr S. 139 den Erwerb der Pfandsache durch den Eigentümer nach § 1239 BGB. gelten.) Im Schweizer Recht läßt Leemann zu Art. 726 ZGB. III 2 den Spezifikanten eigenen Stoffs neues Eigentum an der neuen Sache erwerben, trotz des Wortlauts des Art. 726 ZGB.: „Hat jemand eine f r e m d e Sache verarbeitet.....“; denn „das Gesetz habe diesen Fall als selbstverständlich nicht besonders erwähnt“.

Bei Verarbeitung eigener Sachen tritt auch die Folge des § 950 Abs. 2 ein, der Untergang der am Stoffe bestehenden Rechte; denn nicht der Wechsel des Eigentümers (der hier überhaupt nicht vorliegt) ist ausschlaggebend, „ihn würde beispielsweise ein Pfandrecht überdauern, sondern der Untergang des Pfandobjekts“. (Strauß S. 35) Auch die, die sonst bei Verarbeitung durch den Stoffeigentümer von einem originären Neuerwerb nichts wissen wollen, billigen das Ergebnis des § 950 Abs. 2 Doch sind sie zu künstlichen Konstruktionen gezwungen. So heißt es z. B., der § 950 Abs. 2 gelte auch dann, wenn der Verarbeiter teils fremde, teils eigene Stoffe verwende; und hieraus folge von selbst, daß auch bei Verarbeitung ausschließlich eigenen Stoffes die an dem Stoffe bestehenden Rechte Dritter gleichfalls erlöschen (Planck § 950. 4).

c) Auch bei Verarbeitung teils fremden, teils eigenen Stoffes erfolgt ein originärer Eigentumserwerb des Verarbeiters nach den oben unter b) entwickelten Grundsätzen. Wer auf dem Standpunkt steht, daß der Verarbeiter eigenen Stoffes das alte Eigentum an der neuen Sache behalte, käme hier zu dem widerspruchsvollen Ergebnis, daß sich das Eigentum an der neuen Sache teils als ein altes, soweit es den eigenen Stoff, teils als ein neues, soweit es den fremden Stoff betrifft, darstellt. In Wirklichkeit handelt es sich aber doch um ein einheitliches Eigentum an einer Sache. Eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 947 für den Fall der Verarbeitung teils fremden, teils eigenen Stoffes kommt nicht in Frage, da der § 950 den Vorschriften über Verbindung und Vermischung vorgeht (OLG. München Urt. v. 25. Febr. 1930 S. 8). Für den Fall eines M i t eigentumsanteils des Verarbeiters an dem zur Verarbeitung gelangenden Stoffs will der RGRK. § 950 I den § 947 rechtsähnlich anwenden. Auch dieser Fall ist in der hier vorgeschlagenen Weise einfacher gelöst.

Der Untergang der an beiden Stoffen bestehenden Rechte ist allgemein anerkannt.

§ 4. Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn infolge erheblichen Minderwertes der Arbeit § 950 nicht Platz greift?

Es sollen nunmehr noch die Fälle besprochen werden, in denen zwar durch Verarbeitung eine neue Sache entstanden ist, der Wert der Arbeit aber erheblich hinter dem Werte des Stoffes zurückblieb. Auch diese Fälle kommen praktisch nicht selten vor, sei es, daß es sich um die Verarbeitung besonders kostbarer Stoffe oder sonst wertvollen Materials handelt, sei es, daß die Behandlung des Materials nur eine oberflächliche, flüchtige ist.

Zu einem Eigentumserwerb des Herstellers nach § 950 kann es nicht kommen, denn hier ist ja entgegen dem Erfordernis in § 950 der Wert der Arbeit erheblich geringer. Das beeinflußt aber nicht die Tatsache, daß trotzdem eine neue Sache vorliegen kann, und dieser Fall soll hier erörtert werden.

a) Wird hier aus fremdem Stoff eine Sache hergestellt, so ist unstreitig, daß das Eigentum daran dem Stoffeigentümer zukommt, bestritten ist aber, ob der Stoffeigentümer das alte Eigentum b e h ä l t oder ein neues originäres Eigentum e r h ä l t. Auf Grund meiner früheren Ausführungen S. 12/13 über die Bedeutung der Sachneuheit und der sich daran anknüpfenden eigentumsrechtlichen Folgen komme ich auch hier zu dem Resultat, daß der Stoffeigentümer ein neues originäres Eigentum an der Sache erhält. (So auch Crome S. 366; Wolff S. 228[5]); ausführlich OLG. 2 S. 344). Die Fortsetzung des alten Eigentums an der neuen Sache würde Surrogation bedeuten, eine Regelung, die nur in bestimmten Sonderfällen vorkommt und einer besonderen, ausdrücklichen Regelung im Gesetze bedarf. Biermann z. B. hat in seiner e r s t e n Auflage von 1903 eine derartige Surrogation ausdrücklich angenommen[6]).

Endemann S. 549 und Anm. 12 daselbst will bei Verarbeitung fremden Stoffes im Falle erheblich geringeren Arbeitswertes M i t e i g e n t u m nach dem Verhältnis des Wertes der Arbeit und des Stoffwertes eintreten lassen. Dafür solle § 947 analog angewandt werden. „§ 950 Abs. 1 Satz 1 verneine am Schlusse nur den A l l e i n e r w e r b des Verfertigers, zwinge aber nicht zu der umgekehrten und unbilligen Folgerung, daß er an dem erarbeiteten Produkte gar nicht berechtigt sei". Diese Lösung scheint mir dem Gedanken des § 950 zu widersprechen, da hier der einzige Fall geregelt ist, indem die Arbeit am Arbeitsergebnis dinglichen Anteil haben soll, während sie sonst im Gesetz auf obligatorische Ansprüche, so z. B. im Dienstvertrag, beschränkt ist. Es erscheint mir zweckmäßiger, hier, wie schon

---

5) „E r h a l t e n dagegen wegen des Arbeitsminderwertes die Stoffeigentümer das Eigentum der neuen Sache...."

6) Auch in seiner dritten Auflage von 1914 vertritt er diesen Standpunkt, ohne aber hier das Wort „Surrogation" zu verwenden.

oben gesagt, Eigentumserwerb nur des Stoffeigentümers eintreten zu lassen, hinsichtlich des Arbeitsbeitrages aber eine analoge Anwendung des § 951 Platz greifen zu lassen.

Wird hier also wegen des Begriffes der Sachneuheit ein Neuerwerb des Eigentums durch den Stoffeigentümer angenommen, so müßte folgerichtig auch ein Untergang der an der alten Sache bestehenden Rechte angenommen werden. Diese Folgerung, deren Ergebnis als zu unbillig wohl nirgends Zustimmung finden dürfte, soll hier nicht gezogen werden. Vielmehr erscheint es richtiger, mit Wolff S. 228 den § 949 Satz 2 und 3 analog anzuwenden und die bestehenden Rechte auf die neue Sache zu erstrecken (ein Fall der gesetzlichen Surrogation).

b) Für die Verarbeitung eigenen Stoffes gilt hier dasselbe wie für die fremden Stoffes.

c) Werden teils eigene, teils fremde oder mehrere fremde Stoffe zu einer neuen Sache verarbeitet, bleibt aber der Arbeitswert erheblich hinter dem Stoffwert zurück, so werden die Stoffeigentümer originär Miteigentümer nach dem Verhältnisse des Wertes der verwendeten Stoffe. Sollte einer der Stoffe als Hauptsache anzusehen sein, so scheint eine analoge Anwendung von § 947 Abs. 2 geboten, wonach der betr. Eigentümer allein Eigentümer würde, die anderen Stoffeigentümer auf den Ausgleich in § 951 angewiesen wären; denn eine Spezifikation im Sinne des § 950 liegt nicht vor; dann sind aber, wie oben S. 25 hervorgehoben, subsidiär die Grundsätze der Verbindung herzuziehen, bei denen die Forderung nach einfachen, klaren Eigentumsverhältnissen den Ausschlag gegeben hat.

§ 5. Der Begriff der neuen Sache.

a) Erklärung des Begriffes.

Es soll der Versuch gemacht werden, den Begriff der Neuheit wegen seiner Bedeutung für die Spezifikation klarzustellen. Wenn wir etwas als neue Sache ansprechen wollen, so müssen wir zuvor wissen, was denn eigentlich diese neue Sache ausmacht, und weiterhin, in welchem Zeitpunkt diese neue Sache entstanden ist. Diese Bestimmungen sind nicht so leicht getroffen, das Gesetz sagt nichts darüber. Schon Fischer S. 73 hatte vor der Entstehung des BGB. im Jahre 1893 erklärt: „Identität oder Neuheit sind im allgemeinen ganz schwankende, nicht fixierbare Bezeichnungen. Daraus folgt gesetzestechnisch, daß es sich im allgemeinen nicht empfiehlt, diese Begriffe ohne nähere Bestimmung zur Voraussetzung von Rechtsfolgen zu machen". Die neue Sache entsteht durch Verarbeitung eines oder mehrerer Stoffe. Es soll vorausgeschickt werden, daß hier nicht nur Rohstoffe, sondern ganz allgemein Stoffe jeder Art gemeint sind. Es kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, die Vor-

schrift in allen Fällen auszuschließen, wo Rohstoffe auch nur einen geringen Veredelungsprozeß durchgemacht haben. Das hieße die Anwendbarkeit des § 950 auf ein Minimum beschränken. Vielmehr kommen Stoffe jeglicher Art, Rohstoffe, Halbfabrikate wie auch Fertigwaren in Frage; vom Standpunkt des Verarbeiters aus gesehen sind es eben „seine Stoffe".

Im Sinne dieses Gedankens ist auch der Berechnung des Verhältnisses zwischen Wert der Verarbeitung und Wert des Stoffes letzterer in der Form, in der er zur Verarbeitung gelangte, zugrunde zu legen, nicht aber der Rohstoffwert. Es erscheint praktisch undurchführbar, bei Anfertigung eines Maßanzugs den Wert dieser Arbeit mit dem Wert der Rohbaumwolle statt dem des Tuches zu vergleichen. (a. A. hier wohl nur Staud. § 950. 3a).

Nun zu dem Begriff der neuen Sache. Wesentlich erscheint es, ihn streng zu trennen von den anderen Merkmalen des § 950. So von dem Begriff der Arbeit. Nicht jede Kombination von Stoff und Arbeit ergibt eine neue Sache, so nicht in dem Fall, daß an einem Stoffe eine Arbeit erst begonnen wurde. Die Arbeit ist also kein Wesensmerkmal der Neuheit.

Des weiteren nicht das Wertverhältnis von Arbeit und Stoff. Dieses wird so häufig als besonderes Kennzeichen der Neuheit genannt (so Heck S. 262 ff; Cosack S. 174; Wolff S. 227; Fischer S. 71). Als äußerer Anhaltspunkt mag das Wertverhältnis immerhin gelten, aber auch keinesfalls als mehr. Gerade die besondere Hervorhebung des Wertverhältnisses neben dem Begriff der neuen Sache im Gesetzestext zeigt, daß beide etwas Verschiedenes zum Ausdruck bringen (Emge S. 31/32). Auch ist trotz erheblich geringeren Arbeitswertes die Entstehung einer neuen Sache denkbar, z. B. bei Färben oder Bedrucken von Stoffen und Tuchen.

Man hat sich nach anderen Wesensmerkmalen der neuen Sache umgesehen. Man wollte z. B. die Form einer Sache ausschlaggebend sein lassen (so im römischen Recht die Proculianer). Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen trotz Veränderung der Form keine neue Sache angenommen werden kann, wie auch solche, in denen bei gleichbleibender Form eine neue Sache entsteht. Emge S. 45 bringt die Beispiele: Ein Klumpen Gold wird in einen Barren Gold umgeschmolzen; trotz Aenderung der Form keine Sachneuheit. Eine Flüssigkeit wird auf chemischem Wege in eine andere gänzlich verschiedener Art verwandelt; Sachneuheit, aber keine neue Form.

Andere wollen dem verschiedenen Wortausdruck, der Sprache des Lebens, eine große Bedeutung beimessen (Wolff S. 226; Crome S. 364; Staud. § 950. 1 b). Das mag häufig berechtigt sein, aber einen sicheren Anhaltspunkt für die Neuheit kann auch die Sprache nicht geben, wenn man bedenkt, mit wieviel verschiedenen Bezeichnungen

jeder Tatbestand des Lebens ausgedrückt werden kann, je nachdem man ihn enger oder weiter gefaßt darstellen will.

Meist wird für die Frage, was unter neuer Sache zu verstehen sei, auf die Verkehrsanschauung verwiesen. (RGRK. § 950. 4; Staud. 1b; Planck 1a; Wolff S. 226; Heck S. 261; Crome S. 364). Auch das bringt nicht wesentlich weiter. Die nächste Frage würde lauten: Was ist nach den Anschauungen des Verkehrs als neue Sache anzusehen? Eines daran ist allerdings richtig: Die Frage, ob eine neue Sache vorliegt, muß nach den Ansichten des Lebens, nach unseren heutigen Begriffen gelöst werden, und dabei müssen wir uns frei machen von naturphilosophischen Betrachtungen. Es liegt darin zugleich auch der Hinweis, daß die Frage nach objektiven, nicht nach subjektiven Gesichtspunkten zu beantworten ist, also keinesfalls durch den Hersteller der Sache selbst. Für sich allein kann aber auch der Hinweis auf die Verkehrsanschauung nicht genügen.

Wir müssen versuchen, den Begriff „neu" mit anderen Worten, die sein eigentliches Wesen ausdrücken, zu umschreiben. Dabei ist festzustellen, daß dieses Wort eine verschiedene Färbung annimmt, je nachdem, was wir zum Ausdruck bringen wollen, zu welchem Zweck wir das Wort verwenden. Z. B. sprechen wir von einer neuen Sache, die wir bekommen haben, meinen damit aber lediglich eine andere Sache, die wir etwa an Stelle einer früheren Sache erhalten haben. Weiterhin gebrauchen wir das Wort neu im Sinne von „bisher unbekannt", oder etwa im Sinne von „ungebraucht". Diese verschiedenen Bedeutungen, die wir dem Worte je nach dem Gedanken, den wir gerade zum Ausdruck bringen wollen, beilegen können, zeigen aber, daß wir nicht nach einer allgemeinen Begriffsbestimmung suchen dürfen, vielmehr das Wort neu unter einem bestimmten Gesichtspunkt, in einer bestimmten Zweckrichtung erfassen müssen (so Fischer S. 74; Emge S. 59). Der Gesichtspunkt, unter dem wir hier den Begriff der neuen Sache betrachten müssen, ist den Zwecken des § 950 zu entnehmen.

Deswegen kann auf das oben bereits Gesagte verwiesen werden. Danach war für die Regelung des § 950 erstens der Begriff der neuen Sache, zweitens die Idee der produktiven Arbeit entscheidend. Es kommt für die Begriffsbestimmung der neuen Sache naturgemäß nur der Gedanke zu zwei in Frage. Dieser besagt, daß im § 950 die produktive Arbeit einen besonderen Schutz erhalten soll, daß sie gegenüber dem Stoffe bevorzugt wird und also als wirtschaftlicher Wertfaktor anerkannt wird. (Daß nicht an jede beliebige Arbeit, sondern nur an die produktive, werteschaffende Arbeit in § 950 gedacht ist, zeigt der Ausdruck Verarbeitung, der auf ein Arbeitsergebnis hinweist; ferner das Erfordernis, daß der Arbeitswert nicht erheblich geringer sein darf als der des Stoffes). Unter diesen Gesichtspunkten der Produktion, des wirtschaftlichen Wertes

ist also der Begriff der neuen Sache gegenüber der alten Sache zu betrachten. Die neue Sache, die das Ergebnis produktiver Arbeit ist, muß im Vergleich zu der alten Sache eine höhere wirtschaftliche Bedeutung haben, eine Sache wirtschaftlich höherer Ordnung sein. Das ist aber dann der Fall, wenn sie im Vergleich zur alten Sache eine bessere wirtschaftliche Ausnutzung gestattet (so und ähnlich Emge S. 65/66; Fischer S. 70; Strauß S. 26). Soll also eine neue Sache im Sinne des § 950 angenommen werden, so müssen ihr infolge der wirtschaftlich produktiven Arbeit andere Verwendungsmöglichkeiten innerhalb des wirtschaftlichen Lebens zuteil geworden sein, sie muß eine „andere ökonomische Bedeutung erlangt haben". (Strauß S. 26). Dabei muß gleichgültig sein, ob eine Verbesserung oder eine Erweiterung der früheren oder eine ganz neue Brauchbarkeit geschaffen worden ist. Manche sprechen auch, wohl in dem hier dargestellten Sinne, von „Sache höherer Art" (RGRK. § 950. 4; Staud. § 950. 1 b).

Sehen wir nunmehr das Wesen der neuen Sache darin, daß sie eine Sache wirtschaftlich höherer Ordnung gegenüber der alten Sache ist und höhere, weitere wirtschaftliche Bedürfnisse zu erfüllen geeignet sein muß, so besagt das schon, daß unter diesem Begriff keinesfalls die Zerstörung von Sachen, aber auch nicht eine Reparatur oder Auffrischung vorhandener Sachen fällt. (Letzteres ergibt sich auch aus dem Sprachgebrauch des Lebens; so sagt man von einer reparierten oder aufgefrischten Sache, sie sei „wie" neu, in Wirklichkeit also nicht neu). Das ergibt sich auch aus dem Worte „Herstellung", womit weder Zerstörung noch Ausbesserung in Einklang zu bringen sind (Wolff S. 226).

b) Entstehungsaugenblick der neuen Sache.

Haben wir nunmehr die Merkmale gefunden, welche bei der Verarbeitung die neue Sache ausmachen, so taucht die für die Praxis wichtige Frage auf, in welchem Zeitpunkt wir es mit einer neuen Sache zu tun haben, oder, wie Fischer S. 62 formuliert: „Bis zu welchem Grade muß das Produkt fortgeschritten sein, damit eine neue Sache angenommen werden kann?" Die Bedeutung dieser Frage zeigt sich z. B. im Falle des Konkurses eines Fabrikanten, wenn bei der Eröffnung unter EV. gelieferte Rohstoffe in halbfertigem Zustand noch auf den Webstühlen liegen. Wem gehören diese Waren dann? Oder ein Lieferant will sich manchmal die Waren, die er unter EV. lieferte, nach der Verarbeitung durch Besitzkonstitut zur Sicherung übereignen lassen; in welchem Zeitpunkt ist hier die Uebereignung vorzunehmen? Schließlich ist bei unter EV. gelieferten Sachen der Augenblick der entstehenden Sachneuheit entscheidend für die Berechtigung des Fabrikanten, nunmehr beliebig verfügen zu können, ohne fremdes Eigentum zu verletzen.

Bei Sachen, die nach ihrer Verarbeitung als Fertigwaren sofort dem Verkehr übergeben werden, ist diese Frage schnell beantwortet: sobald sie „fertig", „vollendet" sind, das Werk abgeschlossen ist, so daß „nichts mehr fehlt", ist die Produktion abgeschlossen. Wenn es sich aber um Waren handelt, die noch verschiedene Verarbeitungsstufen durchlaufen müssen, ehe sie als fertig in den Verkehr gelangen, so kann das Kriterium des „vollendeten Werkes" nicht mehr helfen; denn am Schlusse einer jeden Verarbeitungsstufe entstehen jedesmal neue Sachen, die sog. Halbfabrikate oder Zwischenprodukte. Hier würde die Frage entsprechend lauten: In welchem Zeitpunkt liegt ein Halbfabrikat vor?[7]) Wohl in dem Augenblick, in dem die neue wirtschaftliche Verwendbarkeit des Produktes Anerkennung gefunden hat. Maßgebend für diese Anerkennung kann nicht der Verarbeiter selbst sein, sondern Verkehr und Wirtschaft müssen darüber entscheiden, ob sie dem nun gewordenen Produkte eine ihm eigene, neuartige Brauchbarkeit zuerkennen. Sie betätigen diese Anerkennung, indem sie dem Verarbeiter das Produkt abnehmen, um es entsprechend den neuen Verwendungsmöglichkeiten für sich zu gebrauchen, sei es durch Verkauf, sei es durch weitere Be- oder Verarbeitung. Also die Tatsache, daß nicht nur der Verarbeiter selbst und allein ein Interesse daran haben kann, an dem Produkt noch weiter zu arbeiten, sondern daß auch andere Wirtschaftskreise das Produkt in diesem Zustande übernehmen und für ihre weiteren Zwecke verwenden wollen, zeigt an, daß ein Zwischenprodukt in diesem Zustand als fertig, oder richtiger als abgeschlossen anerkannt wird. Der Klarheit halber seien zwei Beispiele erwähnt, die Emge S. 84 anführt. Ein Schreiner hat einen Stuhl hergestellt, aber bisher die Lehne weggelassen. Hier spricht Emge von „teilweiser Produktion", denn diese ist noch nicht abgeschlossen. Es hat noch niemand ein Interesse daran, dieses Gestell zu übernehmen, da niemand lediglich das Anbringen von Lehnen als besondere wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Anders das zweite Beispiel: Ein Schreiner will einen Sessel anfertigen und hat bisher erst das Holzgestell dafür gearbeitet. Hier liegt eine neue Sache vor, die andere wirtschaftliche Verwendungsmöglichkeiten gegenüber dem Material bietet. Dieses Gestell wird auch von anderen Wirtschaftszweigen, etwa einem Polsterer oder Sattler, nicht nur von dem Schreiner selbst oder einem anderen Schreiner, aufgenommen; sie erkennen damit die neue wirtschaftliche Brauchbar-

---

7) Hierzu Melchior, Vhdl. S. 215: „Wann aus dem Rohstoff durch Verwandlung in ein Zwischenprodukt eine neue Sache im Sinne des Gesetzes wird, wann ein Zwischenprodukt durch Veränderung ein neues Zwischenprodukt wird, sind Fragen, die in der Regel mit rechtlicher Sicherheit überhaupt vorher nicht beantwortet werden können."

keit der Sache, nämlich für ihren Geschäftszweig zum Zwecke der Weiterverarbeitung, an.

Doch darf das Erfordernis, die Ware müsse, so wie sie ist, von anderen Geschäftszweigen für deren wirtschaftliche Zwecke übernommen werden können, nicht auf die Spitze getrieben werden. Ist der Produktionsvorgang so gut wie abgeschlossen und sind nur noch kleine Veränderungen notwendig, um die Sache verkaufsfähig zu machen, die aber bei dem Verarbeitungsvorgang nicht ins Gewicht fallen, so wird man auch hier schon von neuer Sache sprechen dürfen (so Emge S. 71; OLG. München v. 25. Febr. 1930 S. 7).

Nach dem Gesagten kann nichts darauf ankommen, wann die Waren die Arbeitsstätte verlassen; denn in unzähligen Branchen ist es so, daß nicht nur eine bestimmte Arbeit an einer Sache vorgenommen wird, sondern zugleich bestimmte Vorstufen und Nachstufen der Hauptarbeit vorgenommen werden, ja es gibt Betriebe, die fast den gesamten Produktionsprozeß, der sich aus vielen in sich wieder abgeschlossenen Prozessen zusammensetzt, selbst vornehmen. Hier liegt nicht erst am Ende der Gesamtproduktion eine neue Sache vor, sondern schon oftmals vorher; das Verlassen der Betriebsstätte ist also nicht entscheidend.

Auch die Arbeitsteilung innerhalb eines Betriebs ist kein Maßstab dafür, wann eine neue Sache zur Entstehung gelangt ist. Die Arbeitsteilung richtet sich nach Größe und Organisation des Betriebes; wollte man sie zum Maßstabe nehmen, so käme man zu dem ungleichen Ergebnis, daß dieselbe Sache sich in einem großen Betrieb mehrfach zu einer neuen Sache umgestaltet, in einem kleinen Betrieb aber nur einmal.

Es muß vielmehr bei dem anfangs erwähnten Kriterium bleiben, daß eine Nachfrage nach dem betreffenden Produkt auch in anderen Wirtschaftszweigen, nicht nur dem des Verarbeiters entsteht. Man geht wohl nicht fehl in der Annahme, daß trotz dieser „Anhaltspunkte", die doch mehr oder weniger für theoretisch zu halten sind, in der Praxis weiter gewisse Schwierigkeiten bleiben werden, den Zeitpunkt der Sachneuheit festzustellen, zumal, worauf Emge S. 84 hinweist, die heutige moderne Wirtschaftsentwicklung dahin geht, zwischen die Halbfabrikate weitere Produktionsstufen einzuschalten. Sobald die Produkte dieser neuen Verarbeitungsstufen von der Wirtschaft als selbständige Waren gewertet und gefragt werden, haben wir es auch hier wieder mit neuen Sachen neuer wirtschaftlicher Brauchbarkeit zu tun. Dann wird allerdings in vielen Fällen den Gerichten nichts anderes übrigbleiben, als Sachverständige zu hören und Gutachten von Handelskammern darüber einzuziehen, ob eine Neuheit der Sache im Sinne der Wirtschaft anzunehmen ist oder nicht (Emge S. 87).

§ 6. Rechtsfolgen der mit Zustimmung des Lieferanten erfolgenden Verarbeitung.

a) Rechtliche Auslegung der Verarbeitungsgestattung.

Nach der vorhergegangenen Untersuchung der Rechtsfolgen des § 950 im allgemeinen sollen nunmehr die entstehenden Einzelfragen erörtert werden; zunächst in dem Falle, daß die Verarbeitung der unter EV. gekauften Sache mit Zustimmung des Lieferanten geschah.

Wie ist überhaupt die Gestattung der Verarbeitung einer Ware, die doch unter der Bedingung der Kaufpreiszahlung übereignet wurde, rechtlich aufzufassen? Soll man vielleicht in der Gestattung der Verarbeitung eine weitere, von den Parteien gewollte Bedingung für den Eigentumsübergang sehen, derart, daß die Vereinbarung etwa folgendermaßen lauten würde: „Das Eigentum an der Ware geht im Augenblick der Kaufpreiszahlung oder schon vorher im Augenblick der erfolgten Verarbeitung auf den Käufer über"?

Eine Rechtsbedingung läge hier übrigens nicht vor[8]). Aber selbst wenn man hier eine Rechtsbedingung annehmen wollte, müßte man sie als Bedingung gelten lassen, sofern durch ihre Hinzufügung nicht etwas Selbstverständliches gesagt wird (Enneccerus-Nipperdey S. 593). Die Verarbeitung als eine die Uebereignung aufschiebende Bedingung würde hier aber nichts Selbstverständliches besagen, wenn auch das Ergebnis einer Verarbeitung, ohne daß sie zur Bedingung der Uebereignung gemacht war, dasselbe sein würde; auch wenn die Verarbeitung nicht zur besonderen Bedingung erhoben würde, entstände durch sie Eigentum nach § 950. Und doch könnte man eine Verschiedenheit darin finden, daß das Eigentum nur auf Grund von Spezifikation ein originäres wäre; wenn aber die Verarbeitung außerdem als aufschiebende Parteibedingung der Uebereignung beigefügt wird, so würde ein derivatives Eigentum, eben auf Grund der Uebereignung erworben werden.

Jedoch ist das ein Fehlschuß. Eine Uebereignung unter aufschiebender Bedingung, daß die Sache verarbeitet worden ist, ist undenkbar; denn in dem Zeitpunkt, in dem die Bedingung hier wirksam werden sollte, d. h. die Verarbeitung eingetreten ist, liegt ja bereits eine neue Sache vor; die schon erfolgten Uebereignungsakte, Uebergabe und bedingte Einigung, betrafen aber die alte, weil unverarbeitete, Sache. Die hier gesetzte Bedingung der erfolgten

8) „Rechtsbedingungen sind solche, von deren Eintritt die Wirksamkeit des Geschäfts schon ex lege nach dessen Natur oder Gegenstand oder nach besonderer Rechtsvorschrift abhängt" (Enneccerus-Nipperdey S. 593); die Wirksamkeit einer Uebereignung hängt aber weder ihrer Natur nach noch ex lege von einer Verarbeitung ab.

Verarbeitung kann aber bezüglich der alten Sache, die bedingt übereignet werden sollte, überhaupt nicht eintreten, weil bei Eintritt dieser Bedingung bereits eine neue Sache entstanden ist. (Der Grund hierfür ist aber nicht die Rechtsfolge des § 950, der Eigentumserwerb des Verarbeiters, sondern lediglich die Tatsache, daß eine neue, eine andere Sache vorliegt). Es entsteht also unter allen Umständen ein originärer Erwerb.

Denkbar wäre aber dann eine Bedingung derart, daß die Uebereignung bis zum Beginn der Verarbeitung hinausgeschoben würde. Das ist rechtlich zulässig, denn diese Bedingung könnte bezüglich der alten, bei Beginn ja noch nicht verarbeiteten Sache eintreten. Aber eine derartige Bedingung wird dem Willen der Parteien nicht entsprechen. Das zeigt folgendes Beispiel: Ein Fabrikant, der die Verarbeitung der unter EV. gelieferten Ware nur eben begonnen hat, fällt in Konkurs. Nach der hier unterstellten Auslegung würde der Lieferant, weil ja die Verarbeitung bereits begonnen, die Bedingung also eingetreten ist, nicht aussondern können. Dieses Ergebnis entsprach aber nicht seiner Vorstellung, als er trotz EV. die Verarbeitung gestattete. Der Lieferant wollte sich, dem Sicherungszweck des EV. entsprechend, wenigstens so lange wie möglich, so lange wie seine alte Sache noch vorhanden und nicht durch eine bereits abgeschlossene Verarbeitung in anderes Eigentum übergegangen war, sichern. Dieser Zweck würde aber nicht erreicht, wollte man die Bedingung, wie hier geschehen, auffassen. Ich glaube daher, die Erlaubnis zur Verarbeitung ist überhaupt nicht als Bedingung für den Eigentumsübergang gedacht.

Man könnte in der Gestattung der Verarbeitung vielleicht einen Verzicht auf die Bedingung der Kaufpreiszahlung sehen mit der Wirkung sofortigen Eigentumsüberganges für den Fall, daß eine Verarbeitung vorgenommen wird.

Der Verzicht zugunsten eines anderen hat aber nicht die Rechtsnatur einer Aufgabe des betr. Rechtes (der Verzichtswille muß Entschlagungswille sein), sondern der Rechtsübertragung, und bedarf insofern eines Vertrages; eine einseitige Erklärung genügt dann nicht. Trotzdem kann der Verzicht auf die Bedingung einer Eigentumsübertragung einseitig vorgenommen werden, weil die vertragsmäßige bedingte Uebereignung hier schon vorweggenommen wurde (RGRK. § 950. 2). Auch ein Verzicht des Lieferanten auf die Bedingung, für den Fall, daß eine Verarbeitung erfolgt, ist nicht anzunehmen. Aus den gleichen Gründen wie oben. Ein Verzicht für den Fall, daß die Verarbeitung erfolgt ist, ist nicht möglich, weil die Bedingung der Kaufpreiszahlung bezüglich der alten, unverarbeiteten Sache verabredet war, also nach erfolgter Verarbeitung infolge Sachneuheit nicht mehr eintreten kann und hinfällig ist. Ein Verzicht ist nicht mehr denkbar. Ein Verzicht für den Fall des Begin-

nes der Verarbeitung ist als verfrühte Aufgabe der Sicherung vom Lieferanten nicht gewollt.

Es bleibt noch folgende Lösung. Die Parteien haben durch die Gestattung der Verarbeitung den Eigentumsvorbehalt selbst gar nicht modifizieren wollen, mit dieser Abrede sollte überhaupt keine dingliche Wirkung erzielt werden. Diese erfolgt ja ohne ihr Zutun durch das Gesetz. Also bekümmerten sich die Parteien nicht weiter um die dingliche Regelung, die der § 950 für sie erledigt. Die Gestattung der Verarbeitung bedeutet lediglich eine Aenderung des vom Gesetz in § 951, evtl. in § 823 vorgesehenen obligatorischen Ausgleichs unter den Parteien. Wenn die Verarbeitung mit Einwilligung des Lieferanten geschah, so bekundete dieser dadurch, daß er nicht von dem im § 951 (§ 951 ist dispositiv; unstr.) gegebenen Bereicherungsanspruch Gebrauch machen wollte, vielmehr lediglich von seinen vertraglichen Ansprüchen auf Kaufpreiszahlung.

Weiterhin konnte die erlaubte Verarbeitung keinesfalls den Tatbestand des § 823 Abs. 1 erfüllen, denn eine Widerrechtlichkeit fiel mit der Gestattung von vornherein weg. Die Gestattung der Verarbeitung äußert somit ihre Wirkungen lediglich auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen den Parteien, nicht auch auf die dingliche Seite des Vertrags (so ist wohl auch Schwartz S. 24 zu c) zu verstehen). Für diese Auslegung spricht wohl auch der Wortlaut der meisten, diesbezüglichen Formulare:

„Dem Käufer ist jedoch gestattet, die Waren im Rahmen eines ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebes zu veräußern oder zu verarbeiten".

In wenigen Fällen findet sich noch folgender Zusatz „.... zu verarbeiten, in welchen Fällen der Eigentumsvorbehalt durch die Weiterverarbeitung bezw. Auslieferung erlischt".

Auch dieser Zusatz ist nicht als Absicht der Parteien, von sich aus eine dingliche Regelung zu treffen, zu verstehen, vielmehr hat er nur deklarative Bedeutung, indem er auf die Rechtsfolgen des Gesetzes nochmals ausdrücklich hinweist.

Gleichzeitig mit der Gestattung der Verarbeitung finden sich noch weitere Abmachungen, die nicht den Eigentumsvorbehalt, sondern die Beziehungen der Parteien nach eingetretener Verarbeitung regeln sollen. So die Abrede, die Verarbeitung solle „für" den Lieferanten erfolgen, oder nach eingetretener Verarbeitung solle der Fabrikant das Eigentum an dem Produkt durch Besitzkonstitut auf den Lieferanten übertragen. Auch dadurch soll der Eintritt der dinglichen Rechsfolgen des § 950, der Eigentumserwerb des Herstellers, nicht berührt werden. Lediglich die gegenseitigen Ansprüche und Rechte nach der Verarbeitung werden festgelegt.

b) Die eintretenden Rechtsfolgen.

Nunmehr kann ich dazu übergehen, die Rechtsfolgen der erlaubten Verarbeitung darzustellen. Zunächst die sachenrechtlichen. Infolge der Verarbeitung zu neuer Sache tritt originärer Eigentumserwerb des Herstellers nach § 950 ein; an der EV.-Ware bestehende Rechte erlöschen; § 950 Abs. 2. Mit Entstehung der neuen Sache ist die Bedingung der Kaufpreiszahlung endgültig ausgefallen, die bedingte Uebereignung der alten Sache hinfällig geworden.

Sollte der Fabrikant nunmehr in Konkurs fallen, so hat der Lieferant kein Aussonderungsrecht mehr. Mit seiner vertraglichen Forderung ist er gewöhnlicher Konkursgläubiger. § 17 KO. kommt nicht zur Anwendung; denn von seiten des Lieferanten ist der Vertrag vollständig erfüllt. Dem steht nicht entgegen, daß der Eigentumserwerb infolge der Verarbeitung, also einer Handlung des Fabrikanten, geschah, während doch nach § 433 Abs. 1 BGB. den Lieferanten die Eigentumsverschaffungspflicht traf. Durch den mit Einwilligung, gleichsam auf Veranlassung des Lieferanten erfolgten Eigentumserwerb ist der Verschaffungspflicht seitens des Lieferanten genügt.

Gerät der Lieferant von EV.-Ware nach deren Verarbeitung durch den Fabrikanten in Konkurs, so gehört die verarbeitete Sache nicht zur Masse; § 1 KO. Im Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens gehörte sie bereits zum Vermögen des Fabrikanten. Wohl ist der Ausgleichsanspruch gegen den Fabrikanten, sei es aus § 951 oder anderer vertraglicher Regelung, Bestandteil der Masse des Lieferanten. Auch hier liegt Erfüllung von seiten des Lieferanten bereits vor, eine Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter nach § 17 KO. ist nicht mehr möglich.

Der Ausgleich unter den Parteien richtet sich bei gestatteter Verarbeitung primär nach Parteiabrede, die auch wohl stillschweigend erfolgt, sonst nach § 951.

Können nach Verarbeitung der EV.-Ware Rücktrittsrechte ausgeübt werden? § 455 nimmt bei Lieferung unter EV. im Zweifel an, daß der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers zum Rücktritt berechtigt sein soll. „Im Zweifel", eine abweichende Vereinbarung ist also zulässig. Soll man aus der Gestattung der Verarbeitung schließen, daß der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage nicht berechtigt sein soll? Das ist wohl nicht anzunehmen; das Rücktrittsrecht soll dem Verkäufer für den Fall des Zahlungsverzuges eine Handhabe bieten; Der Verzug kann aber ebensogut bei Gestattung der Verarbeitung wie ohne solche eintreten. In gleicher Weise ist die Frage zu beantworten, ob das Rücktrittsrecht mit der Verarbeitung erlöschen soll. Das Rücktrittsrecht ist ein Teil des schuldrechtlichen Vertrages, es wird durch die dinglichen Vorgänge, den Eigentumserwerb nach § 950, nicht berührt, vielmehr soll es für den

Fall etwaigen Zahlungsverzuges, ob dieser nun vor oder nach Eigentumserwerb des Käufers eintrete, in Geltung bleiben. Zur Aufgabe dieses Rechtes bedarf es vielmehr eines besonders klaren Verzichtes des Verkäufers in der Form eines Vertrages (Ritter S. 40; RGRK. § 455. 4).

Der Lieferant kann auch nach Verarbeitung durch den Fabrikanten vom Vertrage zurücktreten. Doch ist infolge der Verarbeitung zu neuer Sache ein „Zurückgewähren" des gelieferten Rohstoffes nach § 346 nicht mehr möglich. Das ist eine Folge nicht des originären Eigentumserwerbs des Käufers nach § 950, denn dieser macht eine Rückgewähr nicht unmöglich, vielmehr eine Folge der Tatsache, daß die alte Sache infolge der Verarbeitung nicht mehr existent, eine Herausgabe also nicht denkbar ist.

Sollte den Käufer ein Verschulden treffen — die Fälle werden in Anbetracht der Erlaubnis der Verarbeitung nicht so häufig sein —, so ist der Käufer infolge des Rücktritts nach den §§ 347, 989 dem Lieferanten zum Schadensersatz verpflichtet. Trifft den Käufer kein Verschulden, so braucht er nur Wertersatz zu leisten in rechtsähnlicher Anwendung des § 346 Satz 2. (Enneccerus-Lehmann S. 133 Anm. 7).

Ein Rücktritt des Fabrikanten, der verarbeitet hat, ist durch Gesetz ausgeschlossen; § 352. Trifft ihn dabei Verschulden, dann entsteht für ihn die gleiche Rechtslage nach der spezielleren Vorschrift § 351.

Es soll nun noch erörtert werden, ob für den Lieferanten ein Rücktrittsrecht vereinbart werden kann, das sich auf die verarbeiteten Sachen erstreckt, bei dem also die gelieferten Waren auch in verarbeitetem Zustand zurückgewährt werden müssen. Nach dem Gesetz scheint das zunächst nicht möglich; denn wenn es in § 346 von „zurückgewähren" spricht, so ist daraus zu entnehmen, daß nur die Sachen an den Lieferanten „zurück"gelangen können, die von ihm geliefert wurden. Das trifft aber auf die infolge Verarbeitung neuen Sachen nicht zu. Trotzdem möchte ich eine Vereinbarung der Parteien, durch welche die gesetzlichen Bestimmungen über die Verpflichtung zur Rückübertragung eine vertragliche Erweiterung erfahren, nicht für ungültig halten. Durch eine derartige Abmachung soll ja nicht eine unmittelbar dingliche Wirkung hervorgerufen werden, sondern eine schuldrechtliche Verpflichtung des Fabrikanten geschaffen werden, im Falle des Rücktritts die aus den Waren des Lieferanten neu entstandenen Sachen auf den Lieferanten zu übertragen. Das muß umsomehr möglich sein, als der Rücktritt auch nach Gesetz keine dinglichen Wirkungen hervorbringt, sondern ex lege einen Vertrag zwischen den Parteien erzeugt, der diese zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen verpflichtet.

Eine Rücknahme der unter EV. gelieferten Sachen ist unter Aufrechterhaltung des schuldrechtlichen Vertrages möglich. Doch gilt eine Zurücknahme von EV.-Waren im Zweifel als Ausübung des Rücktrittsrechtes, und zwar nicht nur nach § 5 des Abz.G., sondern auch nach dem Sinne des § 455 (so Liebstädter S. 234, der auf RG. in JW. 1928 S. 213 verweist). Eine Wegnahme der EV.-Ware schließt nur dann die Rücktrittserklärung nicht in sich, wenn sie offensichtlich wegen Gefährdung des Kaufgegenstandes erfolge. Diese Auffassung des § 455, daß im Zweifel in der Rücknahme der Ware gleichzeitig die Ausübung des Rücktritts erklärt liegt, ist auch in der Praxis vorherrschend. Das zeigt die Fassung der folgenden Klausel, in der besonders hervorgehoben wird, die Rücknahme der Ware solle nicht zugleich als Rücktrittserklärung aufgefaßt werden:

„Macht der Verkäufer von seinem Recht auf Rücknahme der Ware Gebrauch, so liegt nur dann ein Rücktritt vom Vertrage vor, wenn dieser ausdrücklich schriftlich erklärt wird“[9]).

Es fragt sich, ob diese Auslegung des § 455 auch geboten scheint, wenn es sich um verarbeitete Sachen handelt, vorausgesetzt, daß der Rücktritt auch diese mit umfassen sollte. Ich glaube, es wird hier überhaupt nicht zulässig sein, daß der Lieferant die infolge Verarbeitung nunmehr dem Käufer gehörenden Sachen an sich nimmt, selbst wenn diese im Falle des Rücktritts auf ihn zu übertragen wären. Eine so weitgehende Auslegung muß an fremdem Eigentum, das durch eine „Wegnahme“ verletzt würde, scheitern.

Nach Eröffnung des Konkurses wird eine Verarbeitung meist unerlaubt sein. (Ueber die nicht gestattete Verarbeitung später). Ist der Käufer in Konkurs geraten, darf er also nicht mehr verarbeiten. In diesem Zeitpunkt ist der Vertrag von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt.

Die Lieferung unter EV. wird als Erfüllung nicht angesehen, obwohl der Lieferant zur Eigentumsverschaffung das Seine getan hat, und der endgültige Uebergang vom Verhalten des Käufers, nämlich dessen Zahlung, abhängig ist. Doch nimmt auch das Gesetz hier keine Erfüllung an. Das zeigt ein Vergleich der §§ 454 und 455. § 454 verweigert dem Verkäufer, wenn er erfüllt hat, das Rücktrittsrecht, während § 455 dem unter EV. liefernden Verkäufer ein Rücktrittsrecht zubilligt.

Gemäß § 17 KO. kann der Konkursverwalter des Käufers erklären, er wolle seinerseits erfüllen (§ 59. 2 KO.) und entsprechend Erfüllung zur Konkursmasse verlangen. In solchem Falle wird man Gestattung der Verarbeitung, falls diese vor Konkurseröffnung bestand, wieder annehmen können, wobei, genau genommen, der Ver-

9) So und ähnlich z. B. in der Seiden-, Baumwollbranche, im Baustoffhandel, in der Genußmittelbranche.

walter sein Verlangen der Erfüllung[10]) selbst durch Kaufpreiszahlung oder Verarbeitung verwirklichen müßte.

Ist der Lieferant in Konkurs geraten, so ist hier eine vorher gestattete Verarbeitung weiterhin ausgeschlossen, weil auch hier ein beiderseits nicht erfüllter Vertrag vorliegt, der die Entscheidung, ob erfüllt werden soll, in die Hände des Konkursverwalters legt; § 17 KO. Dieser kann die Erfüllung ablehnen und so die Verarbeitung untersagen. Seine Erklärung, es solle beiderseits erfüllt werden, wird auch hier als erneute Gestattung der Verarbeitung betrachtet werden dürfen.

§ 7. Rechtsfolgen der ohne Zustimmung erfolgenden Verarbeitung.

Ich komme zu den Rechtsfolgen der unerlaubten Verarbeitung. Vielleicht spricht man besser von nicht gestatteter Verarbeitung, um nicht durch das Wort „unerlaubt" den Eindruck zu erwecken, es müsse zugleich eine schuldhaft unerlaubte Verarbeitung vorliegen. Das braucht keineswegs der Fall zu sein.

Daß bei Lieferung von Waren, die ihrer Natur nach zur Verarbeitung bestimmt sind, von vornherein die Verarbeitung untersagt wird, ist, wie anfangs erwähnt, höchst selten; formularmäßig kommt es so gut wie gar nicht vor. Als Hauptfall der nicht gestatteten Verarbeitung wird man annehmen können, daß eine an sich erlaubte Verarbeitung außerhalb des gewöhnlichen Rahmens des Geschäfts, im nicht regulären Geschäftsverkehr, vorgenommen wird. Eine allgemeine Definition dessen, was als zum ordnungsmäßigen Geschäft gehörend anzusehen ist, haben wir leider nicht. In Formularen findet sie sich so gut wie garnicht, außer in der Seidenstoffbranche, die den Verkauf im ordnungsmäßigen Geschäftsgang näher bestimmt, was aber auf die Verarbeitung nicht übernommen werden kann. Man wird aber mit Bestimmtheit sagen dürfen, daß eine Gestattung der Verarbeitung nach dem stillschweigenden Willen der Parteien mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Fabrikanten aufgehoben sein soll (so Lion-Levy, Mag. d. Wirtsch. 1931 S. 910), daß insbesondere jede Verarbeitung nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens oder des Konkurses eine nicht erlaubte ist. Desgleichen eine Verarbeitung nach Erklärung des Rücktritts.

Ein Fall unwissentlich nicht gestatteter Verarbeitung kann dadurch entstehen, daß jemand einen Teil von Waren, die unter EV. geliefert wurden, in der Annahme verarbeitet, dieser Teil sei infolge teilweiser Zahlung bereits sein Eigentum geworden, während aber nicht einzelne Sachen voll bezahlt waren, sondern durch die Teilzahlung der Kaufpreis für jeden der einheitlich verkauften Gegenstände verhältnismäßig gedeckt wurde (RG. Recht 1909 Nr. 650).

10) d. h. des Eigentumsüberganges.

Die sachenrechtlichen Folgen der nicht gestatteten Verarbeitung sind die gleichen wie bei der gestatteten. Es treten die Rechtsfolgen des § 950 ein, originärer Eigentumserwerb des Herstellers und Untergang der an dem Stoffe bestehenden Rechte. Weiterhin Ausfall der Bedingung der Kaufpreiszahlung und Unwirksamkeit der bedingten Uebereignung. Der Eigentumserwerb des Fabrikanten tritt nach § 950 selbst dann ein, wenn dieser mit dem Bewußtsein, nicht verarbeiten zu dürfen, die Verarbeitung vornahm, ja selbst, wenn er gestohlenen Stoff verarbeitete. Der Grund für den Rechtserwerb an der neuen Sache ist in § 950 die produktive Tätigkeit, lediglich an diese Tatsache knüpft das Gesetz die Rechtsfolgen. Diese gesetzliche Voraussetzung wird aber, wie die Motive S. 360 hervorheben, durch die mala fides nicht berührt. Die Regelung, daß auch der bösgläubige Verarbeiter Eigentum erwirbt, ist zwar allerseits anerkannt, wird aber von vielen als unbillig, ja als unbegreiflich empfunden[11]). Von anderer Seite wird nicht verkannt, daß auf diese Weise die Klarheit und Uebersicht bei Ordnung der Eigentumsverhältnisse gewahrt werde, im übrigen ein unredliches Verhalten den Beschädigten besondere Ausgleichsansprüche gewähre. Wir müssen de lege lata hinnehmen, daß der unredliche Verarbeiter sachenrechtlich gleicher Weise wie der redliche Eigentum erwirbt.

Im Konkurs des Fabrikanten kann der Lieferant auch hier nicht aussondern. Sein Bereicherungs-, evtl. Schadensersatzanspruch wird gewöhnliche Konkursforderung. Fraglich erscheint, ob man auch hier, obwohl die Verarbeitung eine nicht gestattete war, Erfüllung im Sinne des § 17 KO. annehmen kann. Hier geschah die Verarbeitung doch gerade entgegen dem Willen des Lieferanten und kann demnach nicht als s e i n e Erfüllungshandlung, zu der er nach § 433 verpflichtet ist, angesprochen werden. Diese Streitfrage ist bei Enneccerus-Lehmann S. 339 klar formuliert: Die Entscheidung hängt davon ab, ob im § 17 KO. die Erfüllungs h a n d l u n g gemeint ist, oder ob darunter der Erfüllungs e r f o l g zu verstehen ist. Allgemein wird der Erfüllungs e r f o l g als ausschlaggebend angesehen (Enneccerus-Lehmann S. 339; Staub § 382. 90a; Jaeger § 17 KO. 11), demzufolge ist also der durch nichtgestattete Verarbeitung erfolgte Eigentumserwerb des Fabrikanten als Erfüllung des Lieferanten im Sinne des § 17 KO. anzusehen, so daß ein Wahlrecht des Konkursverwalters betr. Erfüllung nicht mehr in Frage kommt.

Im Konkurse des Lieferanten gehört die vom Fabrikanten verarbeitete Sache nicht zur Konkursmasse, nur der Ersatzanspruch, der auf Bereicherung, allenfalls Schadensersatz geht. Auch hier liegt Erfüllung von einer Seite vor.

11) So Krückmann, LZ. 1915 S. 879 „Der Theorie der wertschaffenden Arbeit wird vom BGB. gutes Recht geopfert"; Cosack S. 175 „Bedenkliche Ausschaltung von § 935" im Falle gestohlenen Stoffes.

Wie wirkt die nichtgestattete Verarbeitung auf das Vertragsverhältnis der Parteien? Zunächst für den Fall, daß den Verarbeiter kein Verschulden traf. Es ist davon auszugehen, daß der Lieferant seine Eigentumsverschaffungspflicht aus § 433 nicht erfüllt hat. (die oben angenommene Erfüllung galt nur im Sinne des § 17 KO. und dessen besonderen Zwecks). Die Folge der unerlaubten Verarbeitung wird dem Lieferanten nicht als Erfüllung zugerechnet; und weiter, die Erfüllung ist dem Lieferanten auch für die Zukunft unmöglich geworden infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat. Er wird nach § 275 von seiner Verpflichtung zur Leistung frei. Eine eigenartige Folge aber ist die, daß auch der Fabrikant, der doch praktisch die geschuldete Leistung bekommen hat, nun seinerseits die Gegenleistung nicht zu erbringen braucht; § 323; sein schuldloses Verhalten bei der an sich nicht erlaubten Verarbeitung war hier vorausgesetzt. Der einzige Anspruch des Lieferanten beruht auf § 951, er kann Vergütung nur in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern; hierbei könnte ihm also unter Umständen auch noch der Einwand des Wegfalls der Bereicherung entgegengehalten werden. Ein unbilliges Ergebnis, wenn man bedenkt, daß doch, praktisch genommen, der Fabrikant die volle Leistung erhalten hat. Doch dürfte eine derartige Sachlagerung im Leben kaum vorkommen, da schon der Fall mangelnden Verschuldens bei nichtgestatteter Verarbeitung eine Ausnahme ist.

Meist handelt der unbefugt verarbeitende Fabrikant vorsätzlich, mindestens fahrlässig. Auch hier wird die Erfüllung von seiten des Lieferanten unmöglich. Er wird von seiner Leistungspflicht frei, § 275, nunmehr aber infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat. Daher behält er gemäß § 324 den Anspruch auf die Gegenleistung. Soweit die Folgen, die sich auf die gegenseitigen Vertragsleistungen beziehen. Daneben kann der Lieferant auf Grund des Eigentumsverlustes Vergütung in Geld nach Maßgabe des § 951 verlangen. Entgegen diesem Anspruch wird der Fabrikant einwenden, er sei nicht bereichert, da er ja seine Vertragsleistung erbringen müsse. Schließlich kann der Lieferant noch nach den §§ 951 Abs. 2, 823 Abs. 1, bei vorsetzlichem Verhalten des Fabrikanten nach § 951 Abs. 1 in Verb. mit § 823 Abs. 2 und § 246 StrGB. Ersatz des ihm durch die Verarbeitung entstandenen Schadens vom Fabrikanten verlangen. Der Unterschied zwischen dem Bereicherungsanspruch und dem Schadensersatzanspruch besteht theoretisch darin, daß ersterer auf Geld geht, da nach der ratio der §§ 950, 951 wirtschaftliche Werte möglichst erhalten bleiben sollen (sollte durch Zufall die alte Sache wieder entstanden sein, so könnte diese nach Bereicherungsgrundsätzen selbst zurückverlangt werden), letzterer gemäß § 249 auf Naturalherstellung. Aber diese so häufig erwähnte

Möglichkeit der Naturalherstellung wird praktisch stets an der Bestimmung des § 251 Abs. 2, „infolge unverhältnismäßiger Aufwendungen", scheitern, also ebenfalls auf eine Geldentschädigung hinauskommen.

Die Rücktrittsrechte nach unbefugter Verarbeitung seien kurz dargestellt. Schon früher wurde hervorgehoben, daß das vertragsmäßige Rücktrittsrecht durch die dingliche Rechtsänderung infolge Verarbeitung unberührt bleibt. Der Lieferant kann zurücktreten, erhält aber statt des gelieferten Stoffes bei schuldloser Verarbeitung des Fabrikanten lediglich Wertersatz, wiederum in analoger Anwendung des § 346 Satz 2, bei schuldhaftem Verhalten des Fabrikanten Schadensersatz nach den §§ 347, 989. Ein Rücktritt des Fabrikanten ist nach § 352, bei Verschulden nach § 351 ausgeschlossen.

Wie eingangs erwähnt, ist eine Verarbeitung von EV.-Ware nach Erklärung des Rücktritts von einer Partei ein ausgesprochenes Beispiel nicht gestatteter Verarbeitung. Der Schadensersatzanspruch bestimmt sich hier nach § 347.

Zum Schlusse sind noch die Folgen der nichterlaubten Verarbeitung, die nach Konkurseröffnung vorgenommen wird, zu prüfen. Zunächst im Konkurse des Fabrikanten. Wie ist die Sachlage, wenn der Konkursverwalter die unter EV. gelieferte Ware des Lieferanten unerlaubt verarbeitet, etwa um sie zum Vorteil der Masse zu verwerten?

Die noch unverarbeitete Ware gehört nicht zur Konkursmasse, sie war Eigentum des Lieferanten, der sie aussondern konnte. Nach § 1 KO. umfaßt das Konkursverfahren das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm „zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens" gehört. Das besagt aber, daß Sachen, die nach der Eröffnung des Konkurses erst in das Vermögen des Schuldners gelangen, sogen. „konkursfreier Neuerwerb" für den Gemeinschuldner bilden (Menzel zu § 1.6). Gemäß § 950 fällt die durch Verarbeitung entstandene Ware unstreitig in das Vermögen des Gemeinschuldners; es fragt sich nur, in welchen Teil seines Vermögens, in die Konkursmasse oder sein freies Vermögen. Der in § 1 ausgesprochene Gedanke scheint für konkursfreien Neuerwerb des Schuldners zu sprechen.

Von vornherein soll dem Gedanken entgegengetreten werden, ein Neuerwerb liege ja deshalb nicht vor, weil infolge der aufschiebend bedingten Übereignung ein Anwartschaftsrecht für die Masse bestanden habe, das nunmehr zum Vollrecht geworden sei. Der durch Verarbeitung entstandene Eigentumserwerb war nicht die Erfüllung dieses Anwartschaftsrechts, das nur durch den Eintritt der Bedingung, die Kaufpreiszahlung, als Vollrecht der Masse entstehen konnte. Das Anwartschaftsrecht war mit Entstehung der neuen

Sache hinfällig, der Erwerb auf Grund von § 950 hat einen rein selbständigen Charakter.

Und dennoch liegt kein Erwerb für das freie Vermögen des Gemeinschuldners vor, sondern ein Neuerwerb, der trotz des Gedankens von § 1 zur Konkursmasse fällt. Die Rechtsfolgen des § 950 müssen auch zugunsten eines Sondervermögens eintreten können, wenn dieses eine rechtlich so verselbständigte Stellung einnimmt, wie die Konkursmasse. Nahm der Verwalter die Verarbeitung für die Masse vor, so entsteht für den Gemeinschuldner neues Eigentum mit der weitergehenden Wirkung, daß dieses sofort zur Masse gehört; ein Fall des Durchgangserwerbes! Die Masse hat neues Eigentum erworben, gegen sie richten sich infolgedessen auch die Ausgleichsansprüche (so im Ergebnis Menzel § 26. 2; Jaeger § 1. 62). Aber es ist daran festzuhalten, daß jedenfalls ein Neuerwerb vorliegt, für den im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch kein Grund gelegt war. Hier liegt meines Erachtens eine Ausnahme vor von dem Grundsatz, daß Neuerwerb konkursfrei ist.

Die Entschädigungsansprüche, die auf Grund der Verarbeitung entstehen, gehen auf Bereicherung nach § 951, daneben auch auf Schadensersatz, wenn die nichterlaubte Verarbeitung auch schuldhaft war. Beide Ansprüche richten sich gegen die Masse, der erste nach § 59 Ziffer 3, der zweite nach § 59 Ziffer 1, denn zu den Handlungen in § 59 Ziffer 1, die Masseschulden begründen, gehören auch unerlaubte Handlungen des Konkursverwalters, wenn diese im Rahmen der Konkursabwicklung vorgenommen werden.

Es sind noch die Wirkungen der unerlaubten Verarbeitung nach der Konkurseröffnung auf den schuldrechtlichen Vertrag darzustellen. Es ist weiter oben gesagt worden, daß im Sinne des § 17 Erfüllung auch vorliege, wenn diese nicht vom Lieferanten herbeigeführt wurde, da in § 17 der Erfüllungserfolg maßgebend sei. Aber trotz dieses Erfüllungserfolges ist § 17 KO. anwendbar, d. h. der Konkursverwalter hat das Wahlrecht, ob er Erfüllung verlangen will oder nicht; denn in § 17 kommt es darauf an, daß „zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens" von beiden Seiten noch nicht voll erfüllt war. Zur Zeit der Eröffnung war aber in unserem Falle die Verarbeitung noch nicht bewirkt, sie erfolgte ja gerade während des Konkurses.

Man könnte nun sagen, daß trotzdem § 17 in analoger Weise auszuschließen sei, wenn der Konkursverwalter über die Erfüllung noch nicht entschieden habe; denn die Rechtslage sei die gleiche, wie wenn die Erfüllung schon im Zeitpunkt der Eröffnung vorgelegen hätte. Das ist aber abzulehnen; dadurch würde der liefernde Gläubiger ungünstiger gestellt. Lag seine Erfüllung schon im Zeitpunkt der Konkurseröffnung vor, so hatte er nur einen Konkursanspruch auf die zur Verteilung gelangende Quote. Hier aber hat

er nach dem § 17 die Chance, daß der Verwalter Erfüllung verlangt und den durch die Verarbeitung begründeten Masseerwerb als Erfüllung gelten läßt, wodurch die vertragliche Forderung des Lieferanten zur Masseschuld nach § 59 Ziffer 2 wird.

Der Verwalter hat also nach § 17 zu wählen, ob er Erfüllung verlangen will oder nicht. Erklärt er, er wolle erfüllen und verlange seinerseits Erfüllung zur Masse, so muß er nach Treu und Glauben den doch durch seine eigene, unbefugte Verarbeitung entstandenen Masseerwerb als Erfüllung gelten lassen; § 242 BGB. (Umgekehrt darf hieraus wohl nicht gefolgert werden, in der unerlaubten Verarbeitung liege die schlüssige Erklärung des Verwalters, er wolle erfüllen und dies als Erfüllung gelten lassen; denn trotzdem kann der wirkliche Wille des Verwalters im Einzelfall anders sein). Einer Erklärung des Verwalters, Erfüllung, d. h. Eigentumsverschaffung nach § 433, sei vom Lieferanten nicht bewirkt, weil ja infolge seiner Verarbeitung das Eigentum für die Masse entstanden sei, wäre die exceptio doli entgegenzuhalten. Der Lieferant könnte aber auch erklären, er sei nach § 275 von seiner Leistungspflicht frei, sein Anspruch auf die Gegenleistung bleibe nach § 324 bestehen, auch als Anspruch gegen die Masse, da dieser Anspruch ja auch auf die Erklärung des Verwalters, daß beiderseits erfüllt werden solle, zurückgeht. Also im Ergebnis dasselbe.

Nach § 17 hat der Konkursverwalter aber auch die Möglichkeit, Vertragserfüllung abzulehnen mit der Folge, daß der Lieferant seinen Vertragsanspruch wegen Nichterfüllung nur als Konkursgläubiger nach § 26 geltend machen kann. Ich möchte nun annehmen, daß eine Ablehnung der Vertragserfüllung trotz des § 17 nicht mehr zulässig ist, nachdem der Verwalter, sei es unter Vertragsverletzung, sei es auch ohne Verschulden, den Erfüllungserfolg für die Masse herbeigeführt hat; das wäre ein venire contra factum proprium, ein Verstoß gegen Treu und Glauben.

Erfolgt eine unerlaubte Verarbeitung durch den Gemeinschuldner selbst, ohne Beziehung auf die Konkursmasse, so erwirbt er für sich neues, konkursfreies Vermögen nach § 950, ist aber auch selbst — nicht also die Masse — dem Lieferanten nach § 951, evtl. 823 verhaftet.

Fällt der Lieferant in Konkurs, so gehören die Waren, die er an seine Abnehmer unter EV. geliefert hat, noch zu seinem Vermögen, folglich nach § 1 zur Konkursmasse. Eine Verarbeitung dieser Waren ist nach der Konkurseröffnung, wenn sie auch vorher vertraglich gestattet war, keinesfalls zulässig, da ja ein beiderseits nicht erfüllter Vertrag vorliegt und der Warenabnehmer zunächst die Entscheidung des Konkursverwalters nach § 17 abwarten oder einholen muß. Verarbeitet ein Abnehmer trotzdem die unter EV. gelieferte Ware, so stehen sich zwei Vorschriften gegenüber: § 950 BGB. und

§ 15 KO. Letzterer besagt, daß an Massegegenständen nach Konkurseröffnung keine Rechte mehr mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden könne. D. h. kein Gläubiger soll die Möglichkeit mehr haben, nach Konkurseröffnung durch gewillkürte Maßnahmen, mögen diese auch gesetzlich zulässig sein, die Masse zu verringern. Diese Möglichkeit soll dem Willen der Gläubiger entzogen werden. Wo aber, wie in § 950, vom Gesetz aus gesetzespolitischen Gründen, z. B. zwecks Schaffung klarer Eigentumsverhältnisse, Rechtsfolgen dekretiert werden, die unabhängig vom Willen der Parteien lediglich an einen objektiven Tatbestand anknüpfen, da sollen diese Rechtsfolgen auch in qualifizierteren Sachlagen, wie z. B. im Konkurse, durchgreifen. Insofern ist trotz des § 15 KO. ein Eigentumserwerb an Massegegenständen auf Grund von § 950 BGB. voll wirksam (so im Ergebnis Menzel § 15. 7; Jaeger § 15. 11).

Die vom Fabrikanten nach Konkurseröffnung verarbeiteten Waren können auch nicht infolge des Grundsatzes der Surrogation in die Konkursmasse des Lieferanten fallen. Zwar stellt die Masse ein rechtliches Sondervermögen mit ihm eigenen Sonderzwecken, nämlich der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger, dar; es kommen also auch hier die Grundsätze der Surrogation zur Anwendung, wonach der Ersatz für Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Massebestandteils kraft Gesetzes sofort zur Masse fällt (v. Tuhr S. 334/335; Enneccerus-Nipperdey S. 402/3; Jaeger zu § 1. 62). Es fragt sich also, ob die verarbeitete neue Sache als „Ersatz" der alten Sache anzusehen ist. Das möchte ich verneinen, die neue Sache tritt lediglich an die Stelle der alten Sache, „ersetzt" diese aber nicht im Sinne des Surrogatgedankens; der Ersatz für die Zerstörung der alten Sache ist nach dem Gesetze der Anspruch aus § 951, dieser gehört surrogationsweise zur Masse. Vor allem kommt die Surrogationswirkung bei Sondervermögen nur im Verhältnis zwischen diesem und dem Vermögen, von dem es abgesondert wurde, in Betracht. Der Surrogationsersatz muß also zunächst einmal überhaupt dem Subjekt zufallen, dem beide Vermögen zugehören[12]). Nur in diesem Falle äußert sich die Surrogationswirkung, und zwar in der Weise, daß der Ersatz ohne weiteres in die gesonderte Masse fällt.

Der Konkursmasse des Lieferanten ist also durch die Verarbeitung seitens des Fabrikanten ein Bestandteil entzogen worden. Wie soeben gesagt, stehen dem Konkursverwalter, nicht dem Gemeinschuldner, kraft Surrogation die Bereicherungsansprüche evtl. Schadensersatzansprüche gegen den Fabrikanten zu; §§ 951, 823.

---

12) So jedenfalls in den Fällen, wo es sich um die Frage der Surrogation zwischen einem Hauptvermögen und einem von diesem abgesonderten Vermögen handelt.

Was den schuldrechtlichen Teil betrifft, so liegt auch hier eine Erfüllung nicht vor, jedenfalls nicht im Zeitpunkt der Konkurseröffnung. Auch hier hat der Konkursverwalter das Wahlrecht aus § 17. Er kann demgemäß Erfüllung zur Masse verlangen, d. h. den Kaufpreis für die gelieferten Waren, muß aber dann auch seinerseits erfüllen. Es muß ihm dann erlaubt sein, auf die durch den Käufer erfolgte Verarbeitung hinzuweisen und durch diese nachträgliche Gestattung kundzutun, daß er seine Erfüllungspflicht auf diese Weise erfüllt zu haben glaube. (Darin wird dann ein gleichzeitiger Verzicht auf die Geltendmachung von Bereicherung und Schadensersatz zu erblicken sein). Ein Bestehen des Fabrikanten auf die Leistung des Lieferanten, „die ja nicht von diesem gemäß § 433 erbracht sei", verstieße gegen Treu und Glauben. Der Verwalter könnte aber auch geltend machen, nahc § 275 sei er von seiner Leistungspflicht befreit.

Der Verwalter könnte sogar, obwohl durch die Verarbeitung bereits eine Art Quasi-Erfüllung vorliegt, erklären, er lehne die Erfüllung ab. Das kann für die Masse evtl. größere Vorteile haben als ein Bestehen auf Erfüllung. Denn nunmehr bleibt der Masse gegen den Fabrikanten der Anspruch auf Bereicherung oder meist sogar Schadensersatz, der unter besonderen Umständen, etwa weil der Verwalter die Waren anderwärts wesentlich günstiger hätte verwerten können, höher sein kann als der vertragliche Anspruch auf Kaufpreiszahlung. Der Fabrikant hätte allenfalls einen Schadensersatzanspruch wegen der Nichterfüllung aus § 26 KO. als einfacher Konkursgläubiger.

C. Erstreckungen der Wirkungen des EV. über die Verarbeitung hinaus auf das Arbeitsprodukt.

Den Industrie- und Handelskreisen, deren Waren eine weitere Verarbeitung erfahren, erschien es vielfach nicht mehr als genügende Sicherung, die Weiterverarbeitung nur „im ordnungsmäßigen Geschäftsgang" zuzulassen und von da ab auf indirekte Sicherungen, wie Zessionen, angewiesen zu sein. Ihr Bestreben ging dahin, auch über die Verarbeitung hinaus sich eine dingliche Sicherung an den Produkten zu verschaffen, die aus den von ihnen gelieferten Waren zur Entstehung gelangten. Ihr Eigentumsrecht sollte die Ware auch durch den Verarbeitungsprozeß hindurch begleiten.

Dieses Ziel hat man hauptsächlich auf folgende drei Arten zu erreichen versucht: Erstens mit Entstehung der neuen Sache und dem Eigentumserwerb des Verarbeiters sollte dieser die neue Sache durch Besitzkonstitut auf den Lieferanten übertragen. Zweitens der Ver-

arbeitende sollte die Verarbeitung „für" den Lieferanten, gleichsam als dessen Gehilfe vornehmen, so daß in Wirklichkeit der Lieferant „Hersteller" im Sinne des Gesetzes sei und in seiner Person die Rechtsfolgen des § 950 einträten. Drittens durch Vereinbarung sollte die Bestimmung des § 950 ausgeschlossen werden, der Verarbeiter also kein Eigentum erwerben. Von der letzten Möglichkeit wird in der Praxis am meisten Gebrauch gemacht, sie soll daher an erster Stelle erörtert werden.

§ 8. Kann § 950 durch Vertrag ausgeschlossen werden?

Bekanntermaßen ist die Frage, ob ein vertraglicher Ausschluß des § 950 rechtlich überhaupt möglich ist, sehr umstritten[1]). Um so erstaunlicher ist es, daß so zahlreiche Verbände verschiedenster Branchen, sowohl Verbände der Industrie wie des Handels, sich dieses Mittels bedienen, um sich an den gelieferten Waren auch für die Zeit nach der Verarbeitung das Eigentum vorzubehalten. (Wie weit von einem „Vorbehalt" noch gesprochen werden kann, und nicht statt dessen ein „vorbehaltloses" Eigentum für den Lieferanten entsteht, ist später zu prüfen). In den Verkaufsbedingungen finden sich hauptsächlich folgende Fassungen, die beide auf einen Ausschluß des § 950 hinauslaufen, aber dennoch rechtlich verschieden aufzufassen sind, da ihnen eine verschiedenartige Auffassung des § 950 zugrundeliegt.

Die gebräuchlichere Klausel hat etwa folgenden Wortlaut:

„Bis zur Bezahlung des Kaufpreises bleiben die gelieferten Waren, auch in verarbeitetem Zustande, Eigentum des Lieferers."[2])

Die andere Formulierung lautet:

„Der Eigentumsvorbehalt erstreckt sich auch auf die durch die Verarbeitung entstehenden neuen Sachen."[3])

Einige Formulare enthalten eine der vorgenannten Fassungen, fügen aber vorsichtshalber, weil ihnen die Wirksamkeit des darin liegenden Ausschlusses des § 950 nicht bestimmt genug scheint, einen Nachsatz hinzu, zufolge dessen die Verarbeitung außerdem „als für den Lieferer vorgenommen gilt" oder „das Halb-Fabrikat oder Fertig-Fabrikat nach der Verarbeitung als Sicherheit für die Forderung

1) Vgl. unten S. 39.

2) So in der Weberei, Baumwollbuntweberei, Streichgarnspinnerei, Kunstseidenzwirnerei und -veredelung, Juteindustrie; in der Werkzeugindustrie, Kupferschalenindustrie, Metallgießerei, Metallwalzwerks- und Hüttenindustrie, im Metallhandel, Zinkblechhandel, Holzhandel, Holzeinfuhrhandel, Baustoff- und Zementhandel, Rohgummihandel, Nahrungsmittelgroßhandel.

3) So in der Kunstseidenfabrikation, Seidenstoffabrikation, in der Spinnereibranche, Zwirnerei, im Wollhandel, Baumwollhandel, Baumwollgarngroßhandel, in der Holzindustrie, im Holzhandel, in der Farbenfabrikation.

der Verkäuferin übereignet gilt." Hier zeigt sich, daß auch die Praxis sich klar darüber ist, daß die rechtliche Natur des § 950 keineswegs unbestritten ist.

Im Schrifttum darf wohl die Ansicht als vorherrschend bezeichnet werden, daß § 950 zwingenden Charakter hat, während in der Rechtsprechung überwiegend zum Ausdruck gekommen ist, man habe es in § 950 mit einer dispositiven Vorschrift zu tun. Wegen der Bedeutung dieser Frage für die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts nach obigen Klauseln, also für große Kreise des heutigen Wirtschaftslebens, seien die Vertreter der beiden Ansichten hier gegenübergestellt. Die Unabdingbarkeit des § 950 behaupten: RGRK. (Lobe) § 455.2; Staud. (Kober) § 455. II 1c; Heck S. 262 (wohl nicht direkt, aber aus dem zu Ziff. 6 Gesagten zu schließen); Hedemann S. 227; Siméon-David S. 89; Lehmann S. 50; Levy S. 161; Manigk S. 645 und 665; Rühl S. 137; ferner Melchior im Bank A. 1920 S. 55; Geiler in Vhdl. S. 197/8; Pesl in LZ. 1921 S. 562; Cahn in Bay. ZRpfl. 1926 S. 97; Rost S. 7; sodann die Entscheidungen OLG. 2 S. 344 (Karlsruhe) und OLG. München vom 15. Febr. 1930 — L. 1625/29 III. So auch der 32. Deutsche Juristentag (nach Geiler in RuW. 1922 S. 25)[4]); die gleiche Ansicht kommt auch zum Ausdruck im Gesetzesantrag Keinath und Gen. § 1 (Vhdl. des RT. 1924 Bd. 406 Nr. 1811), einem Vorschlag Fränkels in DJZ. 1922 S. 415, sowie in der österr. Vollzugsanweisung vom 16. Juli 1920 § 4 (StGBl. für die Republ. Oesterr. 94. Stück Nr. 320); weiterhin in einem Beschl. des LG. KfH. Guben vom 12. 4. 1930; und zwar aus Rechtsgründen; nicht, wie Plum JW. 1930 S. 2798 annehmen möchte, wegen der praktischen Schwierigkeiten. (Dieser Beschl. wurde abgeändert durch Beschl. des KG. vom 27. Mai 1930).

Dagegen haben für die Abänderbarkeit des § 950 entschieden: RGRK. (Schliewen) § 950.2; Cosack S. 175; Crome Bd. 2 S. 677/78 Note 20; Wolff S. 227 Anm. 5; v. Bonin S. 121; Strauß S. 58; ferner Koch in Bank A. 1921 S. 92; Lion-Levy in Mag. d. Wirtsch. 1931 S. 911; Schwartz S. 31; Schalfejew S. 113/14; Stulz S. 23; sowie folgende Entscheidungen OLG. 26 S. 60 (KG. 1911); OLG. 34 S. 184 (Hamburg 1916; zugleich Seuff. Arch. 71 S. 447); Bl. f. Rpfl. 1927 S. 45 (LG. I Berlin) und JW. 1930 S. 2798 (KG.).

In dieser Frage fehlt es bisher an einer Entscheidung des Reichsgerichts. Zwar könnte hier auch eine Entscheidung des Reichsgerichts nicht eine unbedingt zweifelsfreie Klärung herbeiführen. Es würde dadurch aber wenigstens der für die Wirtschaft unerfreulichen Rechtsunsicherheit abgeholfen, die insbesondere dadurch hervorgerufen worden ist, daß kürzlich zwei deutsche oberste Landesgerichte entgegengesetzt entschieden haben. So hat das OLG. Mün-

4) Siehe auch Geiler in Vhdl. S. 197/198 und Melchior in Vhdl. S. 215.

chen in einem Urteil vom 15. Febr. 1930 den zwingenden Charakter des § 950 betont, das Kammergericht in Berlin in einem Beschluß vom 27. Mai 1930 dagegen ausgesprochen, daß § 950 keineswegs zwingendes Recht darstelle.

Im folgenden soll nun Stellung genommen werden zu den Gründen, die man für die Abänderbarkeit des § 950 ins Feld geführt hat. Es soll aber gleich anfangs eine Ungenauigkeit vermieden werden, die in einigen Fällen dadurch entstanden ist, daß man folgende Punkte nicht scharf genug trennte: erstens die Frage der Abdingbarkeit des § 950, zweitens die Frage, wer als „Hersteller" im Sinne von § 950 angesehen werden könne. Das sei an einem Beispiel klargemacht: Der Lieferant A hat sich an den an B gelieferten Waren, auch wenn diese verarbeitet sind, das Eigentum vorbehalten. Es wird nun gesagt, § 950 komme hier nicht zur Anwendung, weil A und B ja eine abweichende Abrede getroffen hätten. Nach dieser Abrede habe A Eigentümer der neuen Sache werden sollen, B habe demgemäß die neue Sache nicht für sich, sondern für A herstellen wollen. A sei also als „Hersteller" der neuen Sache anzusehen[5]). Es ist m. E. zu beachten, daß ein Vertrag, auf Grund dessen ein anderer als der tatsächlich Arbeitende als „Hersteller" erscheinen soll, nicht zugleich den § 950 ausschließt; im Gegenteil, dadurch wird gerade bewirkt, daß § 950 zur Anwendung gelangt, die Rechtsfolgen des § 950 sollen ja gerade in der Person des „Herstellers" eintreten. Es ist durch eine derartige Vereinbarung lediglich der Begriff des Herstellers in § 950 modifiziert, erweitert worden, und zwar dahin, daß nicht der Arbeiter, sondern der Vertragsgegner als Hersteller angesehen werden soll, und dann in der Person dieses Quasi-Herstellers auch die Rechtsfolgen seiner Herstellung eintreten sollen. Das bedeutet aber keinen vertraglichen Ausschluß des § 950, sondern Anwendung des § 950 bei einer anderen Person als der tatsächlich arbeitenden. Würde man aber den § 950 vertraglich ausschalten wollen, so bedürfte es gar nicht erst dieser umständlichen Konstruktion, daß der Vertragsgegner gleichsam Hersteller sein soll; denn dieses Ergebnis könnte ja ohnehin einfach durch die Ausschließung des § 950 erreicht werden.

Es ist also nicht richtig, aus einer etwaigen Möglichkeit, den Vertragsgegner als Hersteller der neuen Sache erscheinen zu lassen (über die Wirksamkeit einer solchen Konstruktion später), den Schluß zu ziehen, eine vertragliche Ausschließung des § 950 sei möglich oder liege gar hier vor (diesen Schluß haben, m. E. zu Unrecht, Staud. § 950 1 d β und Schalfejew S. 113 aus OLG. 26 S. 60 gezogen). Um vielmehr festzustellen, ob § 950 dispositiv ist, d. h. vertraglich aus-

5) So oder ähnlich OLG. 26 S. 60; Bl. f. Rpfl. 1927 S. 45; RGSt. 37 S. 329; RGRK. § 950. 2; Schalfejew S. 113, der aber S. 114 die Verschiedenartigkeit der Fragen erkennt.

geschlossen werden kann, müssen zunächst einmal sämtliche Tatbestandsmerkmale in einer Person zutreffen, also auch das Merkmal „Hersteller" bei derselben Person vorliegen und nicht durch bestimmte Abmachungen auf eine andere Person abgewälzt sein. Wenn man das durchführt, so können m. E. die Entscheidungen OLG. 26 S. 60, Bl. f. Rpfl. 1927 S. 45 und RG. St. 37 S. 329 nicht mehr zur Stützung der Ansicht herangezogen werden, daß § 950 abdingbar sei.

Gerade diese Entscheidungen, die das Eigentum des Lieferanten dadurch wahren wollen, daß sie ihn gleichsam als Hersteller erscheinen lassen, bekennen damit doch indirekt, daß sie dasselbe Ergebnis wohl nicht auf die einfachere Art eines Ausschlusses des § 950 erreichen zu können glauben.

Es ist hier eine Parallelerscheinung entstanden zu der praktischen Anwendung der Vorschriften über die Verbindung. Da deren zwingende Natur infolge der Vorschrift des § 93 unzweifelhaft erschien, hat man sich durch eine weitherzige Auslegung des Merkmals „wesentlicher Bestandteil" zu helfen gewußt und damit dem zwingenden § 946 seine Härten für die Wirtschaft genommen. So nimmt im Gegensatz zu früher das Reichsgericht beim Einbauen einer Maschine in ein Fabrikgebäude nur noch unter ganz besonderen Voraussetzungen wesentliche Bestandteilseigenschaft an (Wunderlich in der Zeitschrift „Maschinenbau" 1925 Heft 4).

Aehnlich ist auch aus dem Empfinden heraus, daß die Rechtsfolgen der Verarbeitung zwingend Platz greifen, eine weitere Auslegung des Begriffes „Hersteller" erfolgt, um trotz des § 950 das Eigentum des Lieferanten aufrechtzuerhalten. Darin kann aber, wie gesagt, doch nur zum Ausdruck kommen, daß man von der Unabdingbarkeit des § 950 ausgegangen ist.

a) Gründe, die für eine Abänderbarkeit des § 950 geltend gemacht werden.

a) Als einer der Hauptgründe für die Abänderbarkeit des § 950 wird angeführt, der Verarbeitende könne doch nicht gegen seinen Willen Eigentum erwerben (so Cosack S. 175; OLG. Hamburg 34 S. 184; von Bonin S. 121 „Soll ihm ein Eigentum aufgezwungen werden, das er nicht haben will?"). Zwar erwerbe man nach § 950 mit und auch ohne seinen Willen Eigentum, aber nicht entgegen seinem Willen. Diese Ansicht übersieht, daß die Rechtsfolgen im § 950 an die rein objektive Tatsache anknüpfen, daß eine neue Sache vorliegt, und diese das Ergebnisnis einer produktiven Arbeit ist. An diese rein äußeren Vorgänge sind vom Gesetz die Rechtsfolgen geknüpft, ohne daß der Wille des Verarbeitenden auf diese Rechtsfolgen gerichtet war (lediglich bewußtes Verarbeiten ist zu verlangen, keinesfalls aber Geschäftsfähigkeit). Wenn die Motive S. 360 für

den Fall bösgläubiger Verarbeitung hervorheben, die Bösgläubigkeit lasse die objektiven Voraussetzungen des § 950 unberührt, § 950 käme also trotzdem zur Anwendung, so muß dasselbe auch hier gelten. An der objektiven Tatsache, daß eine neue Sache als das Ergebnis produktiver Arbeit vorliegt, wird selbst durch den Willen des Arbeiters, Eigentum nicht zu erwerben, nichts geändert. Liegen aber die Voraussetzungen vor, so sollen nach den Motiven auch die Gesetzeswirkungen eintreten. Von Rühl wird S. 139 Anm. 38 zu Recht die Frage aufgeworfen, in welchem Zeitpunkt denn der dem Eigentumserwerb entgegenstehende Wille vorhanden sein müsse. Eine vertragliche Verpflichtung, nicht erwerben zu wollen, kann wohl nicht genügen, denn offenbar muß dieser entgegenstehende Wille im Zeitpunkt der Verarbeitung positiv vorliegen, denn selbst nach der Ansicht der hier Genannten sollen in diesem Zeitpunkt die Rechtsfolgen des § 950 o h n e den Willen des Verarbeitenden automatisch eintreten. Ob aber in d i e s e m Zeitpunkt ein entgegenstehender Wille vorhanden ist, wäre nicht zu kontrollieren.

b) Es ist auch behauptet worden (Strauß S. 58; RGSt. 37 S. 330), eine Verarbeitung, die in Erfüllung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit vorgenommen werde, müsse sich darum in ihren Wirkungen nach dem Inhalt dieses Vertrages richten, ja sie sei sogar selbst Rechtsgeschäft (Strauß S. 58; Staud. Kober § 950. 5b β). Es ist m. E. nicht einzusehen, warum die gesetzlichen Wirkungen der Neuherstellung eine Aenderung erfahren sollen, wenn diese Neuherstellung in Erfüllung eines Vertrages geschieht. Keinesfalls kann zugegeben werden, daß die Neuherstellung, die allgemein als Realakt angesehen wird, dadurch zum Rechtsgeschäft werden solle, weil sie in Erfüllung eines Vertrages bewirkt wird (so auch Brodmann in Jh J. 79 S. 134; Herz S. 41). Wie Oertmann zu § 362. 5a γ hervorhebt, ist die Erfüllung selbst kein Rechtsgeschäft, da ihre Wirkung nicht auf einem Willenselement beruht, sondern auf der realen Tatsache der Zweckerledigung. Rechtsgeschäftlichen Charakter könnten allenfalls die Erfüllungs h a n d l u n g e n haben, deren Natur sei aber jeweils verschieden. Es wird also eine Erfüllungshandlung dadurch, daß sie eine Erfüllungswirkung herbeiführt, nicht zum Rechtsgeschäft[6]).

Strauß wie auch RGSt. 37 und Staud. Kober haben sogar die Folgerung gezogen, die Neuherstellung, die in Erfüllung eines Vertrages vorgenommen werde, lasse eine Stellvertretung zu! Es soll damit jedenfalls — bei Staud. § 950 5b β sogar ausgesprochen — angedeutet werden, daß auf Grund dieser Stellvertretung bei der Erfüllungshandlung die Wirkungen der Erfüllungshandlungen in der

6) Zu dieser umstrittenen Frage wie Oertmann auch RGRK. zu § 362. 2. Planck-Siber zu § 362. 2 b; Titze, Recht der Schuldverhältnisse III. Aufl. (1928) S. 46/47.

Person des Vertretenen eintreten sollen. Das soll wohl darauf hinauslaufen, daß der Fabrikant, der EV.-Waren in Vertragserfüllung dem Lieferanten gegenüber verarbeitet, bei dieser Vertragserfüllung und Verarbeitung Vertreter des Lieferanten ist, damit die Wirkungen der Verarbeitung, d. i. der Erwerb neuen Eigentums, für den Lieferanten eintreten.

Damit käme man aber konsequenterweise zu der eigentümlichen Feststellung, daß die Vertragserfüllung gegenüber dem Lieferanten, die der Fabrikant um des Ergebnisses aus § 950 willen in Stellvertretung des Lieferanten vornehmen soll, als Folge eben dieser Vertretung (§ 164 Abs. 1 Satz 1) als von dem Lieferanten selbst bewirkt gilt; der Lieferant, der die Erfüllung doch zu beanspruchen hat, würde sie also zugleich selbst vornehmen! Ein unnatürliches Ergebnis!

c) v. Bonin S. 121 kommt auf Grund eines Vergleichs mit den anderen Eigentumserwerbsarten des BGB. zu dem Ergebnis, daß bei dem Eigentumserwerb stets entweder Eigentümerbewußtsein gefordert oder der Erwerb des Eigentums nur anheimgestellt werde; so in den §§ 953—957, 976, 1942. In gleicher Weise müsse man demnach den § 950, etwa dahin verstehen: „Wer herstellt, kann das Eigentum erwerben, und erwirbt es, wenn er nichts anderes will". Das widerspricht aber dem klaren Wortlaut des Gesetzes, das, wie Planck zu § 950. 1c hervorhebt, in dieser Vorschrift eben nicht auf den Willen des Verarbeitenden abstellen wollte, sondern wegen des „wirtschaftlichen Wertes der Arbeitstätigkeit" den Eigentumserwerb des Arbeiters diktiert. v. Bonin glaubt vor allem die Vorschriften über den Fund analog heranziehen zu können. Auch beim Fund trete nach Ablauf eines Jahres Eigentumserwerb ex lege ein, trotzdem könne der Finder auf das Recht zum Eigentumserwerbe gemäß § 976 verzichten. Ein ähnliches Recht zum Eigentumserwerb erhalte der Hersteller im § 950, nicht aber sofort das Eigentum selbst. Auf diese Anwartschaft könne der Hersteller schon vor der Ausführung der Arbeit verzichten. Diese Uebertragung der Fundvorschriften auf die Verarbeitung erscheint reichlich kühn, vor allem die Lesart, § 950 gebe nur ein Recht zum Eigentumserwerb, nicht das Eigentum selbst. Das wurde bereits gesagt. Weiterhin aber ein Anwartschaftsrecht schon vor der Ausführung der Verarbeitung zu konstruieren, ist doch kaum möglich. In welchem Zeitpunkt sollte die Anwartschaft denn entstehen, und woran sollte sie erkennbar sein? Nicht jede Aussicht, ein Recht zu erwerben, ist als Anwartschaft anzusehen. Zu mindesten muß doch gegenwärtig ein äußerer, konkreter Anhaltspunkt, ein objektives Merkmal vorhanden sein, das die Anwartschaft begründet, an welches ihre weitere Entwicklung anknüpfen kann. Beim Fund ist ein solches durch die Tatsache des „Findens" gegeben, bei der Verarbeitung ist ein solches Merkmal

nicht vorhanden. Man kann auch nicht sagen, der Vertrag oder die Erlaubnis der Verarbeitung sei als Beginn des Anwartschaftsrechtes aufzufassen. Das kann nicht der Fall sein; denn es besteht ohne dies genau so gut die Möglichkeit, die Rechtsfolgen des § 950 herbeizuführen; wann sollte aber für diesen Fall ein Anwartschaftsrecht zur Entstehung gelangen? Das Anwartschaftsrecht, das durch den Verkauf unter EV. begründet und mit Zahlung des Kaufpreises zum Vollrecht wird, läßt aber keine Anwartschaft auf einen Erwerb im Sinne des § 950 zur Entstehung gelangen; das bedarf wohl keiner weiteren Begründung. Es läßt sich hier eine Anwartschaft nicht konstruieren, ein Verzicht wäre demnach gegenstandslos.

d) Auch sonst findet man wohl die Ansicht, ein Verzicht auf den Eigentumserwerb sei möglich, so zuletzt in der Entscheidung des Kammergerichts JW. 1930 S. 2798. Verzicht bedeutet das Aufgeben eines Rechtes durch Willenserklärung. Das bloße Nichterwerben eines Rechts ist kein Verzicht, wenn nicht ein Anwartschaftsrecht, also eine bereits gegenwärtig vorhandene, geschützte Rechtslage, schon da ist (so Enneccerus-Nipperdey S. 429). Mit anderen Worten, um zu verzichten, muß überhaupt schon irgendetwas Positives vorhanden sein, auf das sich der Verzicht beziehen kann. Die bloße Möglichkeit eines originären Eigentumserwerbs nach § 950, die zudem nicht einer bestimmten Person, sondern jedem Rechtssubjekt offensteht, genügt nicht.

e) Manche folgern die Möglichkeit vertraglichen Ausschlusses des § 950 auch aus der gesetzlichen Regelung des Werkvertrages. Denn daß hier die Anwendung des § 950 zwischen Besteller und Unternehmer als ausgeschlossen zu gelten habe, gehe aus den §§ 644 und 647 hervor. Diese beim Werkvertrag zulässige Ausschließung müsse g a n z a l l g e m e i n möglich sein (so z. B. Crome Bd. 2 zu § 264 Note 20; Bl. f. Rpfl. 1927 S. 45). So wird aus § 644 Abs. 1 Satz 3, wonach der Unternehmer für den zufälligen Untergang des vom Besteller gelieferten Stoffes nicht verantwortlich ist, der Schluß gezogen, es müsse der Besteller auch nach der Verarbeitung noch Eigentümer des Stoffes sein, da ihn der Schaden des zufälligen Unterganges trifft. Es läßt sich m. E. aber auch umgekehrt argumentieren, etwa folgendermaßen: Daß der Besteller vor der Verarbeitung die Gefahr des gelieferten Stoffes trägt, bedurfte für sich keiner weiteren Hervorhebung, Aber nach der Verarbeitung mit ihren Rechtsfolgen aus § 950 müßte an sich nach dem Satze „casus sentit dominus" nunmehr der Unternehmer die Gefahr tragen. Zur Abwendung dieser Folge bedurfte es einer ausdrücklichen Hervorhebung im Gesetz, die in § 644 denn auch erfolgt ist.

Hauptsächlich beruft man sich aber auf § 647, der dem Unternehmer ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten Sachen des Bestellers gewährt. Daraus gehe hervor, daß der

Besteller auch nach der Spezifikation Eigentümer sei, denn ein Pfandrecht an eigenen Sachen könne vom Gesetz nicht beabsichtigt sein, da in solchem Falle der Unternehmer genügend gesichert sei. Dieser Schluß ist nicht zwingend. Insbesondere wird in § 647 keineswegs behauptet, daß der Besteller Eigentümer auch der verarbeiteten Sachen sei, es wird lediglich ein Pfandrecht an den Sachen „des Bestellers" gegeben, d. h. soweit diese dem Besteller gehören. Ob das aber der Fall ist, richtet sich nach den besonderen sachenrechtlichen Vorschriften. Dadurch wird dem § 647, wie wohl auch dies in der Entscheidung des LG. KfH. Bl. f. Rpfl. 1927 S. 45 behauptet wird, nicht jede Anwendungsmöglichkeit entzogen, vielmehr fallen darunter die Fälle der Ausbesserung einer Sache sowie einer Verarbeitung, deren Wert hinter dem des Stoffes zurückbleibt. Ist aber infolge des § 950 der Unternehmer Eigentümer geworden, so hat er, da es an der Voraussetzung des § 647 fehlt, kein Pfandrecht, er erhält statt dessen das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 2 (Lehmann S. 55).

Aber selbst wenn man der wohl herrschenden Lehre zugibt, daß beim Werkvertrag der § 950 nicht zur Anwendung gelange, so wäre das darum nicht aus dem unterstellten Willen der Parteien im Werkvertrag herzuleiten, es läge vielmehr ein Ausschluß dieser Vorschrift innerhalb des Werkvertragsrechts kraft Gesetzes vor, der nicht ohne weiteres analog verwandt werden könnte.

Die Annahme, daß beim Werkvertrag der Besteller als der eigentlich „Herstellende" angesehen werden müsse, soll später untersucht werden; sie ist ja deshalb nicht von Bedeutung, weil darin, wie oben gesagt, nicht ein Ausschluß des § 950 liegt, sondern seine Anwendung in Bezug auf eine andere Person ermöglicht werden soll. Die Vorschriften des Werkvertrages lassen m. E. keinen Rückschluß auf eine etwaige dispositive Natur des § 950 zu.

f) Stulz hebt S. 24 hervor, die Fälle, in denen ohne Zweifel der Eigentumserwerb des Stoffeigentümers statt des „manuell" Arbeitenden (dieser Ausdruck bei Spiegel S. 39) eintrete, so z. B. des Fabrikanten statt der Arbeiter, stellten sich letzten Endes nicht als eine Auslegung des § 950, vielmehr als die Anerkennung der Abänderbarkeit durch Parteiwillen dar. Denn für eine solche Auslegung sei da kein Platz mehr, wo eine soziale Abhängigkeit des Arbeitenden nicht vorliege, wie z. B. beim Werkvertrag. Der Wille des Arbeitenden soll hier also nur scheinbar auf eine Modifizierung des Begriffes „Hersteller" hinausgehen, während in Wirklichkeit, rechtstatsächlich, die Parteien sich über die Selbständigkeit und Herstellereigenschaft des Arbeitenden im klaren seien und einfach die Nichtanwendung des § 950 beabsichtigten. Soweit Stulz hier den wirklichen Willen der Parteien klarlegen will und den Begriff des Herstellers nach den tatsächlichen Lebensverhältnissen, nicht nach Par-

teivereinbarung, bemessen will, ist ihm zuzustimmen. Er kann daraus aber nur folgenden Schluß ziehen, daß die Abrede der Parteien, eine von ihnen solle Hersteller im Sinne des § 950 sein, unter bestimmten Umständen nur als eine Ausschließung des § 950 gedacht sein kann. Daraus ergibt sich aber noch nicht die rechtliche Wirksamkeit der von den Parteien in Wirklichkeit gewollten Ausschließung des § 950. Gerade dieser Versuch, auf dem umständlichen Wege eine Erweiterung des Merkmals „Hersteller" eine erträgliche Anwendung des § 950 zu ermöglichen, zeigt, daß die Parteien das an sich einfachste Mittel einer Abänderung des § 950 wohl nicht für unbedingt sicher halten. Das gleiche Mißtrauen gegenüber der dispositiven Natur des § 950 kommt da zum Ausdruck, wo sich der Stoffeigentümer zur Wahrung seines Eigentums der Konstruktion des antizipierten Besitzkonstituts bedient.

g) Der Behauptung von Stulz S. 23, es könne von den Parteien eine von § 950 abweichende Regelung getroffen werden, weil die Eigentumsfrage ausschließlich den Stoffeigentümer und den Verarbeiter angehe, ist entgegenzuhalten, daß darüber hinaus auch dritte Personen, das sind die Gläubiger der beiden Parteien, an den Eigentumsverhältnissen interessiert sind. Für den Gläubiger des Erwerbenden ist, wie Heck S. 261 hervorhebt, der Spezifikationserwerb noch wichtiger als für diesen selbst. Die Wirkungen einer vertraglichen Abänderung des § 950 würden also entgegen der Behauptung von Stulz nicht auf die Vertragsparteien beschränkt bleiben, was umsomehr zutrifft, weil dadurch dem Stoffeigentümer auch der oft sehr erhebliche Arbeitswert, der in dem neuen Produkt enthalten ist, zufällt, eine Sicherung, auf die er unter keinen Umständen Anspruch hat. Es läßt sich also aus dem von Stulz angeführten Grunde eine etwaige Abänderbarkeit des § 950 nicht rechtfertigen.

b) Welche Eigentumsregelung soll im Falle des Ausschlusses von § 950 an die Stelle der gesetzlichen Regelung treten?

Es sind soeben die Gründe aufgezählt worden, die die Befürworter einer Abänderbarkeit des § 950 ins Feld geführt haben. Die Frage, ob § 950 ausgeschlossen werden kann oder nicht, ist aber selbst im Falle der Bejahung damit noch nicht geklärt; denn nunmehr taucht die neue Frage auf, wie denn eigentlich die rechtliche Ausgestaltung und Durchführung eines Ausschlusses von § 950 gedacht ist.

Wenn ich auch jetzt schon sagen kann, daß ich selbst den § 950 de lege lata für zwingend halte, so glaube ich doch an dieser Untersuchung nicht vorbeigehen zu dürfen, um auch daraus Gründe für und gegen die Ausschließbarkeit des § 950 zu gewinnen.

Eine Darstellung darüber, in welcher Form der Ausschluß des § 950 vor sich gehen soll, und wie sich vor allem die Befürworter eines derartigen Ausschlusses die nunmehr statt des § 950 einzusetzende Regelung denken und juristisch konstruieren, ist meines Wissens bisher nicht erfolgt. Man begnügt sich im allgemeinen mit Andeutungen oder geht dieser Frage überhaupt aus dem Wege. Die kurzen Hinweise, die sich hin und wieder finden, lassen nur unvollkommene und nicht ganz eindeutige Schlüsse zu; aber man kann daraus ersehen, daß bei der völligen Durchführung des Ausschlusses und einer neuen Eigentumsregelung die verschiedensten Wege beschritten werden. Auch die Klauseln der Wirtschaftsverbände zeigen hier eine verschiedenartige Ausdrucksweise und lassen mehrere Auslegungen zu. Vor allem entstehen Schwierigkeiten, wenn man es bei der kurzen Erklärung, § 950 sei dispositiv, bewenden ließ; wenn demzufolge also die Rechtsfolgen des § 950 nicht eintreten sollen, was soll dann an dessen Stelle treten?

Folgende Arten der rechtlichen Durchführung scheinen in Betracht zu kommen a) § 950 wird mit der Wirkung ausgeschlossen, daß das alte Eigentum an der neu entstandenen Ware, deren Neuheit aber nicht als solche gewertet wird, bestehen bleibt. b) Die neue Ware tritt an Stelle der alten Sache in das alte Eigentum surrogationsweise ein. c) Mit Entstehung der neuen Sache ist das alte Eigentum erloschen, die neue Eigentumsregelung erfolgt durch Vereinbarung der Parteien. d) Eine neue Eigentumseregelung durch die Parteien erfolgt nicht, man überläßt es dem Gesetz und dessen Grundgedanken, hier eine gesetzesgemäße, allenfalls durch Analogie herbeizuführende Hilfsregelung zu schaffen.

a) Es soll selbst nach der Verarbeitung das alte Eigentum bestehen bleiben. Es wird einfach übersehen, daß eine neue Sache vorliegt, oder man glaubt vielleicht, auf Grund des Ausschlusses des § 950 das Fortbestehen der alten Sache fingieren zu können. An sich wäre das ja wohl die unkomplizierteste Lösung. Klauseln, die nach ihrem Wortlaut auf eine solche Vorstellung der Identität von alter und neuer Sache schließen lassen, sind wohl folgende: „Die Waren bleiben, ob unverarbeitet oder verarbeitet, bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises unser Eigentum". Oder: „Durch Verarbeitung seitens des Käufers geht das Eigentum des Verkäufers nicht verloren". Besonders aus der ersten Klausel ist zu ersehen, daß der Verkäufer eben die Vorstellung hatte, es handle sich um dieselbe Ware, „ob unverarbeitet oder verarbeitet". Diese Vorstellung hat wohl auch, worauf Wolff (Handbuch des gesamten Handelsrechts S. 56) aufmerksam macht, dem Gesetzegeber in HGB. § 1 Abs. 2 Ziff. 1 zugrundegelegen. Eine ähnliche Auffassung scheint mir auch der Entscheidung des OLG. Hamburg von 1916 in Seuff. Arch. 71 S. 447 vorgeschwebt zu haben, wonach derjenige durch Verarbeitung

Eigentum nicht erwerben kann, der mit dem Willen, wegen des Eigentumvorbehaltes „das Eigentum dem bisherigen Eigentümer des Stoffes zu b e lassen", eine neue Sache herstellt.

Man kann sich hier anscheinend nicht loslösen von dem Gedanken, daß eben der Stoff, die Materie, als ausschlaggebend in der neuen Sache weiter existiert. Doch muß man es wohl als unrichtig bezeichnen, auf diese Weise den Ausschluß des § 950 durchführen zu wollen. Es ist anfangs dieser Arbeit darauf hingewiesen worden, daß durch die Verarbeitung eine neue Sache entsteht, die alte nicht mehr existent ist. Wird nun § 950 für nicht anwendbar erklärt, so kann dadurch an der Tatsache, daß eine neue Sache vorliegt, nichts geändert werden; eine vertragliche Ausschließung des § 950 wäre vernünftigerweise nur dahin zu verstehen, daß nur die Rechts f o l g e n des § 950, das ist der Eigentumserwerb des Verarbeiters, ausgeschlossen werden. Den Begriff der Sachneuheit durch Parteivereinbarung, durch eine Fiktion, auszuschließen, erscheint undenkbar, dieser Begriff ist präjudiziell; seine Voraussetzungen werden nach den Anschauungen des Lebens gebildet; diese lassen sich aber nicht durch einen willkürlichen vertraglichen Akt beseitigen. Daher erscheint der hier genannte Versuch, das Eigentum durch Ausschluß des § 950 aufrechtzuerhalten, als untauglich.

b) Es wird nicht verkannt, daß durch die Verarbeitung eine neue Sache entstanden ist. Das alte Eigentum soll sich an der neuen Sache gleichsam fortsetzen, die neue Sache tritt an Stelle der alten Sache in das alte Eigentum ein. Es soll eine surrogationsartige Wirkung entstehen. Darauf scheint folgende häufige Fassung hinauszulaufen: „Der Verkäufer bleibt so lange Eigentümer der Ware — auch wenn sie verarbeitet wird —, bis der Käufer den Kaufpreis vollständig bezahlt hat". Der Ausdruck „bleibt Eigentümer" weist darauf hin, daß auch hier an das alte Eigentum gedacht ist. Zweifelhaft kann allerdings sein, ob es sich hier nicht um einen Fall wie zu a) handelt. Doch glaube ich vielleicht aus der besonderen Hervorhebung „auch wenn sie verarbeitet wird" entnehmen zu dürfen, daß sich hier der Verkäufer darüber im klaren war, daß eine neue Sache entstehe und auch diese neue Sache von dem alten Eigentum ergriffen werden sollte. Klar kommt der Surrogationsgedanke in folgender Formel zum Ausdruck: „Wird die Ware seitens des Käufers verarbeitet, erstreckt sich der EV. des Verkäufers auch auf die neue Sache".

Worauf soll sich aber eine Surrogation hier gründen? Auf Gesetz doch sicher nicht; denn dieses spricht ja nicht mal von einer Ausschließbarkeit des § 950, noch viel weniger von einer Surrogation, die für den Fall des Ausschlusses Platz zu greifen habe. Also müßte die Surrogation ihren Ursprung in der Parteivereinbarung haben, in ebenderselben Abrede, die die Nichtanwendung des § 950

BGB. erklärte. Eine Surrogation kann aber nicht durch Parteivereinbarung geschaffen werden. Bei der Surrogation handelt es sich um eine Ausnahmeerscheinung, die nur in den Fällen eintritt, in denen sie vom Gesetz ausdrücklich bestimmt wird. Das Gesetz hat die Surrogation hauptsächlich in Fällen angewandt, wo es sich um ein Sondervermögen mit diesem eigenen Zwecken und eigener rechtlicher Behandlung handelte (von Tuhr Bd. 1 S. 334/35); Enneccerus-Nipperdey S. 402). Wo dieser Gesetzesgedanke nicht zutrifft, muß sie daher als ausgeschlossen gelten. Mag nun auch, worauf Rühl S. 42 hinweist, heute schon hin und wieder angenommen werden, daß die Sicherungsübereignung ein einem besonderen Zwecke, der Sicherung, dienendes Sondervermögen bilde, so kann das doch keinesfalls auf einen EV. zutreffen, der sich nicht auf ein Vermögen als solches, sondern auf einzelne Sachen bezieht. Die Möglichkeit, im Einzelfall eine Surrogation eintreten zu lassen, ist dem privaten Parteiwillen entzogen; nur das Gesetz kann derartige Wirkungen erzeugen. Dieses läßt aber erkennen, daß die Anwendung der Surrogation auf bestimmte Rechtslagen beschränkt bleiben soll. Eine über diese Fälle hinausgehende Surrogation könnte auch nur vom Gesetze dekretiert werden, wie das in der Oesterr. Vollzugsanweisung vom 23. Juli 1920 in § 4 geschehen ist: „.... und erstreckt sich auf die aus dem Rohstoff hergestellten Erzeugnisse..." Eine durch Parteivereinbarung bestimmte Surrogation wäre höchstens auf Grund einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zulässig, die in unserem Falle aber nicht gegeben ist.

Unterstellt man die Richtigkeit der Auffassungen zu a) und b), in denen das alte Eigentum bestehen bleibt, so wäre unter dieser Voraussetzung allerdings ein „Verzicht" auf das Eigentumsrecht, das ja schon gegenwärtig vorhanden wäre, vom Zeitpunkt der Verarbeitung ab denkbar.

c) Es ist eine neue Sache entstanden, das alte Eigentum erloschen. Die Begründung neuen Eigentums erfolgt nach Maßgabe des Parteiwillens. Diese Auslegung scheint am ehesten dem Sinne einer dispositiven Vorschrift nahezukommen, die ja gerade nur für den Fall ergänzend eingreifen soll, daß die Parteien eine eigene, ihnen beliebige Vereinbarung nicht getroffen haben (Stulz S. 25). Von dem Falle zu b) unterscheidet sich diese Auslegung, daß dort das alte Eigentum auch die neue Sache erfassen sollte, während hier eine ganz neue Eigentumsregelung durch Parteivereinbarung getroffen werden soll. Es wird hier also nicht nur von den Parteien negativ bestimmt, daß die Rechtsfolgen des § 950, der Erwerb des Arbeiters, nicht eintreten sollen; damit entsteht ja zunächst infolge der Sachneuheit für den Bruchteil eines Augenblicks eine eigentumslose Sache; es erfolgt darüber hinaus eine positive Neuregelung der Eigentumsverhältnisse, deren Gestaltung

sich nach dem Parteiwillen richten soll. In diesem Sinne mögen folgende Vorbehaltsfassungen verstanden sein: „Bis zur Bezahlung des Kaufpreises behält sich der Verkäufer das Eigentum an den von ihm gelieferten und an den aus Verarbeitung dieser Waren entstehenden neuen Waren vor". An eine Surrogation ist hier wohl nicht gedacht, es soll auf Grund dieser Klausel der Verkäufer Eigentümer der neuentstehenden Waren „werden", nicht Eigentümer „bleiben". In dieser Bedeutung wohl auch die Klausel: „Bis zur Bezahlung des Kaufpreises steht das Eigentum an der Ware und den daraus hergestellten Fabrikaten dem Verkäufer zu". Ob die zu b) erwähnte „Erstreckung des Vorbehaltes" evtl. auch als Neuschaffung von Eigentum und nicht als Surrogation verstanden werden kann, läßt sich nicht mit allgemeiner Bestimmtheit sagen. Möglich, ja geboten erscheint mir das in einem Falle, wo anschließend bestimmt wird: „Bei der Verarbeitung mit fremden Sachen erwirbt der Verkäufer hier ein Miteigentum gemäß § 947/948 BGB." Der Ausdruck „erwerben" weist hier auf neues Eigentum hin[7]).

Das wären also Beispiele von Formeln, in denen zugleich mit dem Ausschluß der Rechtsfolgen des § 950 ein neues Eigentum, meist das des Verkäufers, vereinbart wird. Diese Auffassung, daß § 950 ausgeschlossen werden kann, und dann die Rechtsfolgen sich weiter nach dem Vertrage richten sollen, finden wir vertreten bei Crome S. 364 Note 2, im RGRK. § 950. 2, Beschl. des KG. vom 27. Mai 1930, Bl. f. Rpfl. 1927 S. 45, Stulz S. 24[8]), Schalfejew S. 113, v. Bonin S. 121, Lion-Levy Mag. d. Wirtsch. S. 911 und schließlich in § 1 des Gesetzesantrages Keinath und Gen.

Es soll also durch die Vereinbarung der Parteien an Stelle der Rechtsfolgen des § 950 eine andere Regelung getroffen werden. Eine Begründung des Eigentums durch die Parteien ist aber nur in den vom Gesetz geschaffenen Eigentumsbegründungsarten möglich. Die Parteien müssen sich also, wenn sie Eigentum wirksam entstehen lassen wollen, der hierzu geeigneten gesetzlichen Institute bedienen. Sie können nicht ohne weiteres vertraglich erklären, mit Beendigung der Verarbeitung und Entstehen der neuen Sache gehe das Eigentum automatisch, ohne Zwischenerwerb des Verarbeiters, auf den Lieferanten über. Damit würden die Parteien ein neues Institut des Eigentumserwerbs schaffen. Die Möglichkeit, Rechtsinstitute im Gebiete des Sachenrechts ins Leben zu rufen, ist aber nur dem Gesetzgeber überlassen und geht über den Machtbereich privatrechtlicher Vertragsgestaltung hinaus. Das würde Privatautonomie bedeuten.

7) Ueber die sachenrechtliche Wirksamkeit derartiger Klauseln vgl. Seite 51.

8) Stulz erörtert sogar S. 24/25, ob man nicht bei Verarbeitungsgestattung schon als stillschweigend vereinbart annehmen müsse, daß § 950 ausgeschlossen sein solle.

Die Abrede der Parteien, der Lieferant solle Eigentümer der neuen Sache werden, ist aber, von dem hier nicht erörterten Fall des antizipierten Besitzkonstituts abgesehen[9]), auch nicht als dingliche Eigentumsübertragung aufzufassen, denn der Veräußerer hat noch kein Eigentum, das er veräußern könnte, es fehlt ihm an jeder Verfügungsmöglichkeit.

Die einzigen Fälle, nach Ausschluß des § 950 parteivertraglich eine neue Eigentumsregelung zu schaffen, sind das antizipierte Besitzkonstitut und evtl. die Vereinbarung, der Fabrikant solle für den Lieferanten herstellen, so daß letzterer als der eigentliche Hersteller angesehen werden müsse. Ich möche diese aber lediglich als „unechte" Beispiele gelten lassen, da beide nur beschränkte Eigentumsregelungen zulassen, nicht aber jede nach Parteivereinbarung beliebige; vor allem, weil beide ihre dingliche Wirkung auch herbeiführen, o h n e daß vorher ein Ausschluß des § 950 nötig gewesen wäre.

Es herrscht aber bei der hier besprochenen Ausschließungsart des § 950 wohl allgemein die Auffassung, lediglich die Parteiabrede, § 950 solle nicht zur Anwendung kommen und der Lieferant Eigentum erhalten, bewirke, daß der Lieferant im Zeitpunkt der Umbildung Eigentum an dem Produkt erwerbe, die Abrede somit dinglich wirke. Dieser Auffassung gegenüber ist daran festzuhalten, daß die besagte Parteiabrede mangels Verfügungsmöglichkeit des „Veräußernden" weder den Erfordernissen einer dinglichen Uebereignung nach BGB. genügt, noch als von den Parteien begründete, neue Eigentumsübertragungsart, als vertragliche Rechtsetzung, Anerkennung finden kann.

d) Fehlt es somit der Konstruktion zu c) an der rechtlichen Zulässigkeit, so bleibt noch die Sachlage zu prüfen, wenn die Parteien sich mit dem Ausschluß des § 950 begnügten, im übrigen aber die Frage einer weiteren Regelung offengelassen haben. (So anscheinend Wolff S. 227 Anm. 5; Cosack S. 175; Arwed Koch in Bank A. 1921 S. 92; Stulz S. 24; doch soll damit nicht gesagt sein, daß diese die hier genannte Auslegung beabsichtigt haben). Ist in einem solchen Falle daran gedacht, daß hier das Gesetz, das ja einen Ausschluß des § 950 zulassen soll, für diesen Fall eine hilfsweise Lösung geben soll, z. B. durch analoge Heranziehung der Vorschriften über Verbindung? An sich ist eine derartige Durchführung des Ausschlusses von § 950 am ehesten haltbar, nachdem sich gezeigt hat, daß Parteivereinbarungen eine Regelung nicht treffen können. Nachdem ein Ausschluß von § 950 erfolgt ist, was ja viele für zulässig halten wollen, soll die weitere Regelung durch den „unausgesprochenen

9) Ueber die Möglichkeiten einer dahingehenden Auslegung vgl. S. 55 ff., insbesondere S. 58.

Gedanken des Gesetzes" erfolgen. Damit würde § 950 als „beschränkt oder teilweise dispositiv" aufgefaßt; d. h., der Eigentumserwerb für den Verarbeiter wäre ausschließbar, eine weitere Regelung der Eigentumsverhältnisse durch Parteiwillkür wäre aber nicht möglich. § 950 könnte von den Parteien ausgeschlossen, aber nicht abgeändert werden. Stellt nunmehr das Gesetz für den Fall des Ausschlusses eine wirkliche, zwingende Andersregelung zur Verfügung, so wäre die rechtliche Durchführung dieser Auffassung am wenigsten zu beanstanden[10]). Die Befürworter einer Abänderbarkeit des § 950 werden sagen, es seien die Gedanken sinngemäß zu verwenden, die das Gesetz bei der Verbindung und Vermischung ausgesprochen habe; denn die Regelung des § 950 unterscheide sich von den Vorschriften über Verbindung gerade dadurch, daß sie über jene hinaus die produktive Arbeit in den Vordergrund rücke und bevorzuge. Diese solle aber gerade mit dem § 950 ausgeschaltet werden, also gebiete das Gesetz geradezu ein Zurückgreifen auf die Vorschriften der Verbindung.

In welcher Weise aber? Soll rechtsähnlich zur Verbindung etwa auch der Arbeitsbeitrag bei der Eigentumsfrage berücksichtigt werden? (Aehnlich Endemann S. 549 Anm. 12; de lege ferenda: Fränkel DJZ. 1922 S. 415). Oder soll in Anbetracht des Ausschlusses jeglichen Erwerbs des Herstellers Alleineigentum für den Lieferanten entstehen? Soll bei mehreren Lieferanten nach § 947 Abs. 2 der Lieferant des Hauptstoffes Alleineigentümer werden, oder sollte nach dem Gesetzeswillen eine Ausschlußmöglichkeit des § 950 nicht nur dem Lieferanten eines Hauptstoffes, sondern jedem Lieferanten zugutekommen?

Eine Lösung durch das Gesetz muß m. E. voraussetzen, daß dieses eine eindeutige, unzweifelhafte Regelung zur Verfügung stellt. Wie aber die aufgetauchten Fragen zeigen, ist eine derartige Eindeutigkeit nicht gegeben. Die Parteien müßten sich hier wiederum durch Vereinbarung Klarheit verschaffen; das liefe aber erneut auf die Schwierigkeiten zu c) hinaus.

Wäre gegen die letztgenannte Konstruktion rechtlich am wenigsten einzuwenden, so scheitert die praktische Durchführung am Fehlen einer einheitlichen, eindeutigen gesetzlichen Richtlinie.

Kann man nun zwar aus der zu a) bis d) vorausgegangenen, mehr negativen Betrachtungsweise keine zwingenden Folgerungen für eine Unabänderbarkeit des § 950 ziehen, so bleibt doch jedenfalls als Ergebnis folgende Feststellung übrig: Auch wenn man die Ausschließbarkeit des § 950 zugeben wollte, fehlt es mangels gesetz-

---

10) Denn die einfachste Annahme, daß ohne den § 950 das alte Eigentum des Stoffeigentümers „weiter existieren" würde, scheiterte an dem Begriff der Sachneuheit.

lichen Ausspruches an einer einwandfreien, ausschließlich und unbedingt anzuwendenden Möglichkeit, die dadurch neu entstehenden Eigentumsfragen zu lösen.

c) § 950 hat zwingenden Charakter.

Nachdem sich gezeigt hat, welche Schwierigkeiten entstehen, wenn man die Ausschließung des § 950 vollständig, d. h. bis zu einer positiven Andersregelung des Eigentums durchführen will, wird es wahrscheinlich, daß § 950 vom Gesetzgeber als zwingende Norm gedacht ist; denn wäre bei der Gesetzgebung an eine Ausschlußmöglichkeit gedacht worden, so hätte gleichzeitig ein Weg gewiesen werden müssen, wie dieser Ausschluß rechtlich vor sich gehen solle.

M. E. war es die Entwicklung des EV., die zur Zeit der Gesetzesschaffung nicht vorauszusehen war, die überhaupt erst die Frage aufkommen ließ, ob man den § 950 im Interesse der modernen Wirtschaftsentwicklung und ihrer Kreditbedürfnisse nicht doch „besser" dispositiv auffassen solle und — könne. Mag das auch heutzutage zweckmäßiger und wünschenswerter erscheinen — das zeigen die verschiedenen Aenderungsvorschläge —, so ist durch diese an sich berechtigten Billigkeitserwägungen noch keine Aenderung des Charakters der Vorschrift gegeben; vielmehr möchte ich ihren zwingenden Charakter aus folgenden Ueberlegungen entnehmen.

Für die Unabänderbarkeit des § 950 spricht zunächst ganz allgemein, daß in ihm eine sachenrechtliche Regelung getroffen wird[11]). Die sachenrechtlichen Vertragsarten des Gesetzes sind aber nicht gleichermaßen parteiwillkürlicher Gestaltung und Umgestaltung unterworfen wie obligatorische Beziehungen von Parteien zueinander oder auch die speziellen schuldrechtlichen Vertragstypen. Im Schuldrecht handelt es sich eben nur um zeitlich begrenzte Beziehungen bestimmter Personen zueinander, die in der Lage sein sollen, über diese Beziehungen, die ja nur sie angehen, Vereinbarungen zu treffen. Anders im Sachenrecht; hier haben wir es mit feststehenden gesellschaftlichen Einrichtungen zu tun, die das Ergebnis geschichtlicher Entwicklung sind und heute als unumstößliche Bestandteile unserer Gesellschaftsordnung zu gelten haben. So in erster Linie das Eigentum. Soweit es sich hier also um grundlegende Einrichtungen handelt, auf denen zugleich die heutige Staats- und Gesellschaftsordnung aufbauen (siehe Art. 153 RV.), hat der Staat, der Gesetzgeber, ein Interesse daran, daß diese Einrichtungen unangetastet erhalten bleiben, von jedermann geachtet werden und nicht durch parteiwillkürliche Maßnahmen umgesaltet werden können. Der Einzelne darf sich der Institute des Sachenrechts zur Gestaltung seiner Lebensverhältnisse bedienen, er muß sie aber so hinnehmen, wie sie

11) Die folgenden Gedankengänge besonders bei Ehrlich S. 104/105.

vom Staat unter höheren gesellschaftlichen Gesichtspunkten ausgestaltet sind.

Der Gesetzgeber hat im Sachenrecht nach 3 Richtungen hin die Regelung sich selbst vorbehalten, d. h. der Willkür des Einzelsubjekts entzogen: erstens er bestimmt die möglichen Arten der Sachenrechte, und zwar in erschöpfender Aufzählung; zweitens er umgrenzt ihren Umfang und Machtbereich; drittens er bestimmt die Formen der Begründung, setzt die Voraussetzungen ihrer Entstehung fest. Die Parteien haben im allgemeinen also lediglich die Möglichkeit, unter den vom Gesetz zugelassenen Sachenrechtsarten zu wählen, den Gegenstand der Verfügung zu bestimmen und den Vertragsgegner. Im Schuldrecht dagegen herrscht auch betreffs der erstgenannten drei Punkte grundsätzlich Parteivertragsfreiheit.

Diese allgemeinen Erwägungen lassen es als gerechtfertigt erscheinen, bei sachenrechtlichen Instituten die Möglichkeit einer Abänderung nur dann für gegeben zu erachten, wenn es vom Gesetz ausdrücklich hervorgehoben wird. Das ist aber beim originären Eigentumserwerb des Spezifikanten nicht geschehen.

Auf die zwingende Natur des § 950 weist aber auch die Art, in der das Gesetz den Erwerb des Spezifikanten geregelt hat. Es entsteht ja Eigentum allein auf Grund der Tatsache der Verarbeitung; die Verarbeitung als rein menschliche Handlung, als Realakt, zieht nach dem Willen des Gesetzes dingliche Rechtsfolgen nach sich. Diese Rechtsfolgen treten unabhängig vom Willen des Verarbeiters ein, ja auch dann, wenn sie ihm nicht einmal bekannt sind. Der Willen, wie überhaupt irgendwelche Momente subjektiver Art (z. B. auch die Bösgläubigkeit) sollen bei § 950 keine Rolle spielen; allein das äußere Geschehen, ein äußerer Erfolg ist es, ein Faktum, an das sich durch Ausspruch des Gesetzes Rechtswirkungen anknüpfen[12]). Somit steht die Verarbeitung in ausgesprochenem Gegensatz zum Rechtsgeschäft, dem es gerade eigen ist, daß seine Rechtsfolgen deshalb eintreten, weil der Wille des Handelnden darauf gerichtet war. Hier aber treten die Rechtsfolgen unabhängig vom Willen der Parteien ein, wofern nur der äußere, objektive Tatbestand des § 950 gegeben ist (soweit allgemein anerkannt). Ist aber in § 950 nicht ein zweckgerichteter Wille der Parteien ausschlaggebend, so scheint hier das Gesetz seine eigenen, wichtigeren Zwecke verfolgen zu wollen[12a]). Die Gesetzeszwecke sind den Voraussetzungen des § 950 wie auch der Art der vom Gesetz bestimmten Rechtswirkungen zu entnehmen. Danach wollte das Gesetz der wirtschaftlichen Arbeit eine besondere Stellung schaffen. Gerade

12) Manigk S. 645 „das Gesetz verfolgt eigene, sachenrechtliche Zwecke".

12a) Daß aber immerhin die Arbeit bewußtermaßen vorgenommen sein soll, bedeutet nicht die Hereinbeziehung eines subjektiven Momentes, sondern das gehört zu den Begriffsmerkmalen der Arbeit.

der Umstand, daß das Gesetz hier nicht, wie sonst z. B. im Dienst- und Werkvertrag, den Arbeiter auf seinen Dienstlohn beschränkt, ihm vielmehr das Eigentum zuweist, den Stoffeigentümer aber ausdrücklich in die Auseinandersetzung nach § 951 verweist, zeigt deutlich, daß es dem Gesetz unbedingt um den Erwerb des Arbeiters zu tun war; sonst hätte es ganz einfach den Parteien überlassen können, wer das dingliche Recht erhalten und wer auf den Ausgleich verwiesen sein solle. Hat aber der Gesetzgeber so offensichtlich spezielle eigene Zwecke verfolgt, so gibt er damit zu verstehen, daß seine Regelung zwingend und nicht auf Grund von untergeordneten Parteizwecken abgeändert werden soll. Den Parteien soll durch den § 950 nicht ein Mittel zur Herbeiführung von Rechtsveränderungen gegeben sein (Manigk S. 664), der § 950 ist lediglich für die Zwecke des Gesetzes bestimmt. Treten seine Wirkungen auch ohne den Willen der Parteien ein, so muß dasselbe gelten, wenn der Parteiwille sogar gegen den Eigentumserwerb des Verarbeiters gerichtet ist. Der Zweck des Gesetzes hat vorzugehen.

Selbst einmal angenommen, der Parteiwille hätte Bedeutung, so wäre er doch nur im Augenblick der Verarbeitung entscheidend, d. h. in dem Zeitpunkt müßte er „entgegenwirken", in dem die gesetzlichen Rechtsfolgen eintreten. Diesen Willen könnte aber eine vorhergehende Abmachung, die doch nur eine schuldrechtliche Verpflichtung schafft, nicht mit Wirkung für den Zeitpunkt der Verarbeitung herbeiführen; eine derartige Abrede könnte keine Fiktion schaffen, daß der Wille nunmehr als bis zur Verarbeitung fortbestehend gilt. Würde im entscheidenden Augenblick der Arbeiter seinen Willen ändern, so wäre die parteiliche Abmachung illusorisch.

Eine ansprechende Begründung für die Unbeachtlichkeit des Willens finden wir bei Tasche S. 20: Berücksichtige man den Willen des Verarbeiters, so hätte also auch der unredliche Verarbeiter, der Dieb, bezw. der Unterschlagende, die Möglichkeit, je nach seinem Willen Eigentum durch Verarbeitung zu erwerben oder nicht. Das sei doch absurd!

Ich komme zu dem Ergebnis dieser Betrachtungen, daß § 950 de lege lata als zwingende Rechtsnorm anzusprechen ist.

d) Können Vereinbarungen, die den § 950 ausschließen sollten und daher unwirksam sind, aufrechterhalten werden?

Obwohl die rechtliche Wirksamkeit einer Ausschließung des § 950 keinesfalls feststeht, hat die Mehrzahl der Wirtschaftsverbände, die den EV. auch über die Verarbeitung hinaus erhalten wollten, diesen Weg eingeschlagen. Sind diese Klauseln wohl mei-

stenteils in Kenntnis ihrer Zweifelhaftigkeit aufgestellt worden, so ist doch nicht anzunehmen, daß sie lediglich um ihrer „psychologischen" Wirkung willen in die Verbandsbedingungen Aufnahme fanden; man vertraute darauf, daß die Wirksamkeit entweder vom Richter bestätigt wurde oder doch vielleicht im Wege der Auslegung durch eine andere Konstruktion, wenigstens im Ergebnis aufrechterhalten wurde. Das letztere hat insofern eine tasächliche Berechtigung, als in der Praxis vom Fabrikanten die durch Verarbeitung entstandenen Fabrikate wohl meistens als Eigentum des Lieferanten behandelt werden. Es soll nun geprüft werden, wie weit die im Sinne der voraufgegangenen Darstellung nichtigen Vorbehaltsklauseln aufrechterhalten werden können. Dabei ist aber unter allen Umständen an den Vorschriften des Gesetzes festzuhalten. Eine allzu freie, großzügige Auslegung, die in Wirklichkeit am Gesetze vorbeigeht, erscheint nicht zulässig. So kann man m.E. nicht den Ausführungen von Schwartz in ihrer Allgemeinheit folgen, wenn er S. 32 erklärt: „.... es ist verfehlt, die Rechtsgültigkeit der konkreten Parteiabrede davon abhängen zu lassen, ob sie diese Rechtskonstruktion noch gerade oder schon nicht mehr durchschimmern läßt. Läßt das Recht den von den Parteien gewollten Erfolg zu, so muß es gleichgültig sein, wenn die Parteien sich ein falsches Bild von der rechtlichen Konstruktion gemacht haben". Vielmehr ist für die Aufrechterhaltung einer an sich nichtigen Klausel die Bestimmung des § 140 maßgebend. Muß aber danach das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen entsprechen, so kommt es gerade darauf an, daß „die konkrete Parteiabrede eine andere gültige Rechtskonstruktion durchschimmern läßt"; denn sonst entspricht sie nicht deren Voraussetzungen.

Allerdings ist es unschädlich, wenn die Parteien sich ein falsches Bild von der rechtlichen Konstruktion gemacht haben, falls trotzdem die Annahme möglich bleibt, sie hätten evtl. auch das andere Rechtsgeschäft gewollt, in ihren Willen eingeschlossen[13]).

Zweierlei wird in § 140 verlangt: Erstens die äußeren Erfordernisse des anderen Rechtsgeschäfts müssen erfüllt sein. Zweitens es wird ein Parteiwille fingiert für den Fall, daß die Parteien die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätten. Darin liegt eine Abweichung von § 133; denn in § 140 ist nicht der wirkliche Wille der Parteien entscheidend, sondern es wird bei den Parteien ein gar nicht gebildeter Wille für einen bestimmten Fall unterstellt und soll auf seine Wahrscheinlichkeit hin geprüft werden. Liegt diese vor, so wird dem Gedanken des § 140 entsprechend die Geltung des anderen Rechtsgeschäfts angenommen. Es handelt sich hier also nicht

13) Die Annahme muß möglich sein. „Dabei ist nicht nötig, daß die Beteiligten die etwaige Geltung des anderen Rechtsgeschäfts schon ins Auge gefaßt haben". RGRK. Oegg zu § 140. 1.

um die Rekonstruktion des Parteiwillens, sondern um eine Konstruktion.

Das Ergebnis einer derartigen Umdeutung nach § 140 ist: Die Nichtigkeit des ursprünglich gewollten Rechtsgeschäfts bleibt bestehen, doch entstehen hier ausnahmsweise aus einem nichtigen Geschäfte kraft Gesetzes noch Rechtswirkungen, die Umdeutung in ein anderes wirksames Geschäft bleibt möglich.

Verschiedentlich hat man sich mit der Annahme zu helfen gesucht, der Fabrikant stelle das neue Produkt „für" den Lieferanten her, so daß der Lieferant als Hersteller angesehen werden müsse. (So OLG. 26 S. 60; wohl auch OLG. 34 S. 184; Bl. f. Rpfl. 1927 S. 45; Rühl S. 137/38; Schwartz S. 31). Eine solche Umdeutung wird aber bei den üblichen Vorbehaltsfassungen, die nach ihrem Wortlaut den § 950 ausschließen wollen, kaum möglich sein.

Erfordernis des anderen, evtl. gültigen Geschäfts im Sinne des § 140 würde hier die Verabredung eines Abhängigkeitsverhältnisses, eines Herstellens „für" den Lieferanten sein müssen. Diese Abrede müßte also in der umzudeutenden Klausel schon enthalten sein, mindestens aber aus ihr herausgelesen werden können. Das dürfte für folgende Klauseln wohl nicht zutreffen: „Das Eigentum an der von uns gelieferten Ware und den durch ihre Verarbeitung entstehenden Fabrikaten verbleibt uns bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises", sowie „die Waren bleiben, ob unverarbeitet oder verarbeitet, bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises unser Eigentum". Anderer Ansicht sind hier die genannten Entscheidungen und Schwartz.

Eine Umdeutung dahin, daß der Lieferant als „Hersteller" anzusehen sei, hält Schwartz auch für möglich bei der Formel: „Der EV. erstreckt sich auch auf die durch Verarbeitung entstehenden neuen Waren". Hierbei beruft er sich auch auf Rühl S. 138; m. E. zu Unrecht. Rühl spricht sich S. 139 nur ausdrücklich gegen eine Umdeutung der beiden ersten Klauseln aus, gibt dadurch aber keineswegs zu verstehen, daß er die letztgenannte, die er garnicht erwähnt, für derart umdeutungsfähig hält. Es ist auch nicht einzusehen, wieso man aus den Worten „der EV. erstreckt sich" entnehmen sollte, die Verarbeitung zum neuen Fabrikat erfolge „für" den Vorbehaltseigentümer. Damit würde doch dem Wortlaut der genannten Klausel Gewalt angetan. Trotz der zitierten Entscheidungen, die nicht die einzigen sein mögen, wie auch der Ansicht von Schwartz, möchte ich diese etwas willkürliche, wenn nicht gar ungesetzliche Konversion für unzulässig halten[14]).

14) Wie weit selbst für den Fall einer Gültigkeit dieser Umdeutung die Abrede eines Abhängigkeitsverhältnisses für wirksam zu halten wäre, ist später zu erörtern.

Für zulässig möchte ich es aber ansehen, wenn Klauseln, die wegen Ausschließung des § 950 nichtig sind, dahin verstanden werden, daß in ihnen entweder die Vornahme eines antizipierten Besitzkonstituts oder die Verpflichtung dazu erblickt wird. Hier ist aber zu scheiden: Solche Dispositivklauseln, die offenbar neues Eigentum nach Verarbeitung annehmen, gestatten ohne weiteres die Auslegung, daß sie bereits die vorweggenommene dingliche Einigung über den Eigentumsübergang und die stillschweigende Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses umschließen; denn wenn die Parteien sich schon im klaren sind, daß durch Verarbeitung ein neues Eigentum entsteht, so wollen sie den Uebergang dieses neuen Eigentums auf den Lieferanten auf jeden Fall, gleichgültig, ob dies unter Ausschließung des § 950 oder im Wege einer Einigung vor sich geht. Dem Erfordernis, daß dieser Einigung auch später durch tatsächliche Handlungen entsprochen wird, trägt die Praxis, wohl ganz unwillkürlich (teilweise im Interesse der Buchführung, Bilanz, teils aus steuerlichen Gründen), dadurch Rechnung, daß es geradezu üblich ist, EV.-Ware und die daraus hervorgehenden Produkte gesondert zu lagern oder sonst kenntlich zu machen. (Ueber Einzelheiten und Erfordernisse weiter unten, da hier nur die Frage der Konversion zu behandeln ist).

Aber auch eine Klausel, die unter der Vorstellung, es handle sich um das alte Eigentum, eine Ausschließung des § 950 erreichen will, wird zum mindesten als schuldrechtliche Verpflichtung des Fabrikanten aufrechtzuerhalten sein, das Eigentum an der neuen Sache durch antizipiertes Besitzkonstitut nach §§ 930, 181 auf den Lieferanten zu übertragen. Eine spätere gesonderte Lagerung wird als Vornahme des dinglichen Geschäftes zu deuten sein, zumal das Selbstkontrahieren hier seine Rechtfertigung in eben der schuldrechtlichen Verpflichtung fände. Eine derartige obligatorische Verpflichtung, als mindere Abmachung gegenüber einem sofortigen Ausschluß des § 950, dürfte dem Willen der Parteien zu unterstellen sein. Allerdings ist in beiden hier vorgeschlagenen Fällen der Konversion zu bedenken, daß dem Lieferanten erst und nur geholfen ist, wenn später von seiten des Fabrikanten eine entsprechende Maßnahme auch wirklich vorgenommen wird[15]).

§ 9. Die Fortsetzung des Vorbehaltseigentums durch antizipiertes Besitzkonstitut.

Es waren vor allem rechtliche Bedenken, die einer vertraglichen Ausschließung des § 950 entgegenstanden, aber auch die uneinheit-

15) Eine derartige Umdeutung, wenn möglich, hat zwingend, ja selbst gegen den Parteiwillen zu erfolgen; so der Gesetzeswortlaut „gilt" RGRK. Oegg § 140. 1.

liche Stellungnahme der deutschen Gerichte sollte die Verbände vor einer allzu einfachen Formulierung, die sich mit einem Ausschluß des § 950 begnügt, warnen. Gibt es doch einen Weg, der dem Lieferanten eine absolute Sicherheit verbürgt: die Uebertragung des Eigentums an der verarbeiteten Sache durch Besitzkonstitut nach § 930[16]). Selbst Wolff, der den § 950 für dispositiv halten will, empfiehlt S. 226 dem „vorsichtigen" Rechtsberater den Umweg über ein Besitzkonstitut. Allerdings läßt sich auf diese Weise nicht ein unausgesetztes Weiterbestehen des Lieferanteneigentums bewirken, der Lieferant wird nicht „ohne weiteres" Eigentümer der aus der Verarbeitung hervorgehenden Sache. (Eine dahin formulierte Klausel wäre unwirksam, aber auszulegen als Verpflichtung des Fabrikanten, den bei den Parteien vorgestellten Zustand nach §§ 930, 181 herbeizuführen). Es tritt vielmehr für einen kurzen Augenblick ein Zwischenerwerb des Verarbeiters nach § 950 ein; dieses Eigentum kann dann unmittelbar darauf nach § 930 auf den Lieferanten übertragen werden, der damit wieder eine gesicherte Stellung, entsprechend dem EV. an der alten Ware, erhält. Da aber im heutigen Wirtschaftsleben die Formen der Uebereignung durch Konstitut teilweise oberflächlich gehandhabt werden und dadurch eine äußere Feststellung des Eigentums erschwert wird, sind vom Schrifttum und Rechtsprechung bestimmte Erfordernisse für die Gültigkeit festgelegt worden, die eine Erkennbarkeit der Eigentumsverhältnisse ermöglichen sollen. Die rechtliche Stellung des Lieferanten, der durch Konstitut Eigentum an der Verarbeitungsware erworben hat, ist von dem Vorbehaltseigentum an der unverarbeiteten Sache verschieden. Das ist im einzelnen noch darzulegen.

Nun ist es im praktischen Leben nicht üblich, daß der Fabrikant erst, wenn die Verarbeitung vor sich gegangen ist, den Uebereignungsvertrag nach § 930 mit dem Lieferanten abschließt. Das wäre bei zeitlich verschiedenen Verarbeitungen von großen Stoffmengen viel zu umständlich. Vielmehr wird mit Abschluß des Verarbeitungsvorgangs die Uebereignungswirkung allein durch ein Tätigwerden des Fabrikanten herbeigeführt. Die Mitwirkung des Lieferanten pflegt, soweit erforderlich, für die Gesamtheit der zu übereignenden Waren vorweggenommen zu werden. Zwei Möglichkeiten bestehen: Entweder wird zwischen Lieferant und Fabrikant eine schuldrechtliche Vereinbarung getroffen, nach der der Fabrikant die neue Sache mit ihrer Entstehung im Wege des Selbstkontrahierens durch Konstitut nach §§ 930, 181 auf den Lieferanten übertragen soll; dann schließt der Fabrikant sowohl die dingliche Einigung wie auch die Abrede eines Besitzmittlungsverhältnisses mit sich selbst als Vertre-

16) Dies auch die sicherste Möglichkeit in Oesterreich; Entsch. des KK. Ob. Gerichtshofs 1913 Bd. 15 Nr. 1572 S. 202.

ter des Lieferanten ab; das Selbstkontrahieren ist hier auf Grund der obligatorischen Abrede gestattet.

Oder es wird bereits vor Entstehen der neuen Sache deren dingliche Uebereignung eingeleitet, d. h. Einigung und Abrede eines Besitzmittlungsverhältnisses betreffs der noch nicht vorhandenen neuen Sache werden schon bei Abschluß des Kaufvertrages vorweggenommen; dieser vorweggenommene dingliche Vertrag wird mit Entstehen der neuen Sache wirksam durch Vornahme einer dem Vertrage „entsprechenden Handlung", die nur durch den Fabrikanten zu erfolgen braucht (antizipiertes Besitzkonstitut)[17]). Im Ergebnis sind beide Uebereignungsmethoden gleich. In beiden Fällen ist die Uebereignung erst wirksam mit der Vornahme der äußerlich erkennbaren Handlung seitens des Fabrikanten, nur daß diese beim antizipierten Besitzkonstitut lediglich eine äußere Handlung darstellt, während sie beim Besitzkonstitut nach § 181 als Vornahme eines dinglichen Vertrages, des „In-sich-Geschäfts" des Fabrikanten mit sich selbst als Vertreter des Lieferanten anzusehen ist.

Die Vornahme der sofortigen dinglichen Abrede, des antizipierten Konstitus, bei dem auch der Lieferant selbst mitwirkt, kommt praktisch häufiger vor als die Verpflichtung zum Selbstkontrahieren, wohl deshalb, weil bei der sofort eingeleiteten dinglichen Uebereignung der psychologische Druck zur Vornahme der „entsprechenden Handlung" für größer gehalten wird als bei der nur obligatorischen Verpflichtung des Fabrikanten, den gesamten Uebereignungsakt allein mit sich vorzunehmen. Man wird im letzteren Falle wohl auch den Nachweis der wirklich vollzogenen Uebereignung schwerer führen können. Nicht zuletzt ist eine dingliche Uebereignung, bei der beide Beteiligte die Einigung, wenn auch antizipiert, erklären, dem Wirtschaftsmenschen greifbarer und lebensnäher als ein nichtfaßbarer „Vertrag mit sich selbst".

Trotzdem behält die Möglichkeit einer Uebereignung durch Selbstkontrahieren ihren Wert für Fälle, in denen mangels Gültigkeit einer andersartigen Abrede diese eine Auslegung in dem genannten Sinne gestattet (zum Beispiel Gruchot 53 S. 1049).

In den Klauseln kommt das antizipierte Konstitut in folgender Fassung vor:

> „Wird die Ware vom Käufer gemäß § 950 BGB. verarbeitet, so überträgt der Käufer dem Verkäufer schon jetzt für diesen Fall vorsorglich gemäß § 930 BGB. das Eigentum an den hergestellten Sachen".

Weiter folgt dann die übliche Verfügungsermächtigung „im ordnungsmäßigen Geschäftsgang", wohl auch schon mal der Zusatz: „... indem sie der Käufer für den Verkäufer in Verwahrung nimmt".

17) Ueber die Zulässigkeit eines antizipierten Besitzkonstituts vgl. S. 61 ff.

Die Eigentumssicherung durch Besitzkonstitut hat in den Bedingungen der Wirtschaftsverbände nicht eine so weitgehende Verbreitung gefunden, wie es nach ihrer rechtlichen Unantastbarkeit zu vermuten wäre[18]). Das mag daran liegen, daß das antizipierte Besitzkonstitut, insbesondere die erforderliche Ausführungshandlung, in der Praxis häufig schwer durchzuführen ist, teilweise auch daran, daß die Klauseln nicht vorsichtig genug abgefaßt werden. Man findet das Konstitut wohl eher in den Lieferungsbedingungen von Einzelfirmen oder in Einzelverträgen, die aus Sicherungsgründen mit besonderer Sorgfalt abgefaßt werden.

a) Die Erfordernisse eines wirksamen antizipierten Konstituts.

Erfordernisse beim Konstitut nach § 930.

Es soll im folgenden die Sicherung des Lieferanten durch das antizipierte Besitzkonstitut besprochen werden, vor allem auch die Erfordernisse, die an das antizipierte Konstitut gestellt werden, da diese Art des Konstituts gesetzlich nicht geregelt ist.

Zuvor ist aber einzugehen auf eine Streitfrage, die selbst bei dem gesetzlich geordneten constitutum possessorium des § 930 entstanden ist. In § 930 findet eine sog. Ersatzübergabe statt; danach geht aber nicht ein körperlicher Besitzwechsel vor sich, sondern die Sache bleibt bei dem bisherigen Eigentümer, der Erwerber wird nur mittelbarer Besitzer durch die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses nach § 868. Hier gehen die Ansichten auseinander, welcher Art dieses zwischen den Parteien vereinbarte Besitzmittlungsverhältnis sein muß, insbesondere, welche Anforderungen man an die Genauigkeit dieser Vereinbarung zu stellen habe. Die einen[19]) verlangen ein sog. „individualisiertes" Besitzkonstitut, d. h. eine genaue Benennung des zwischen den Parteien vereinbarten Besitzverhältnisses im Sinne des BGB. Als solches Verhältnis wollen sie nur die im BGB. erwähnten Vertragstypen, schuldrechtliche, dingliche, evtl. familienrechtliche, gelten lassen, insbesondere aber Miete, Leihe und Verwahrung. Das sei aus der Definition des mittelbaren Besitzes in § 868 zu entnehmen, der nur bestimmte Vertragstypen des BGB. aufzähle und als „ähnliche Verhältnisse" mittelbaren Besitzes nur solche meinen könne, die gleich jenen gesetzlich geregelt seien. Lediglich die Vereinbarung, der bisherige Eigentümer solle den Besitz „für" den Erwerber ausüben, sei zu abstrakt und nicht geeig-

18) Sie kommt vor im Wollhandel, in der Spinnereibranche, im Genußmittelhandel, im Einfuhrgroßhandel von Lack-, Rohstoffen und dergl., im Chemikalien-Großhandel.

19) z. B.: RGRK. zu § 930. 1; Staud. Kober zu § 930. 1 b β; Planck-Brodmann zu § 930. 3; Wolff § 67 I 1; Schalfejew S 111.

net, mangels eines genauer bestimmten Rechtsgrundes die Ernstlichkeit einer derartigen Besitzvereinbarung darzutun.

Dieser Ansicht scheinen auch noch Rühl S. 126 und Lehmann S. 51 zu folgen, die bei der Aufstellung von Musterformularen für Aufrechterhaltung des Eigentums nach Verarbeitung durch Konstitut ausdrücklich das Besitzverhältnis typisieren und die Parteien ausmachen lassen, „daß der Fabrikant die Fabrikate für den Lieferanten in Verwahrung zu nehmen hat".

Dagegen soll nach einigen neueren Ansichten ein Besitzverhältnis genügen, das lediglich den abstrakten Merkmalen in § 868 Halbsatz 2 entspricht, ohne daß es nach einem der charakteristischen Verträge des BGB. benannt wird, wofern nur der Wille der Parteien wirklich auf Schaffung eines Besitzverhältnisses gerichtet sei. Danach ist es ausreichend, wenn eine Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze aus dem Vertrage entnommen werden kann, dieses Besitzverhältnis an eine gewisse Dauer geknüpft ist, und schließlich die Berechtigung oderVerpflichtung zum Besitze durch bestimmte Verfügungsermächtigungen eine Umgrenzung erfahren hat. Der Name, den eine juristisch geschulte Partei dem Verhältnisse beilege, könne nicht ausschlaggebend sein, vielmehr sei es Sache des Richters, ein tatsächliches Verhältnis des Lebens den Rechtsbegriffen unterzuordnen. So vor allem Heck (Exkurs 5. S. 500/03).

Um sich für eine dieser Ansichten zu entscheiden, muß nach dem Zweckgedanken des § 930 gesucht werden, was denn den Gesetzgeber veranlaßt hat, die Wirksamkeit der Uebereignung für den Fall, daß der Veräußerer den unmittelbaren Besitz der Sache behält, von der Abrede eines Verhältnisses nach § 868 abhängen zu lassen. Man sollte an der Vereinbarung eines Besitzverhältnisses erkennen, daß die Parteien die dingliche Uebereignung schon jetzt trotz des Verbleibens der Sache in der tatsächlichen Gewalt des bisherigen Eigentümers, ernstlich vornehmen wollten. Sollte der Erwerber sofort Eigentümer werden, so mußte ein Rechtsgrund dafür ersichtlich sein, warum ihm nicht auch die unmittelbare Sachherrschaft eingeräumt wurde. Dieser Rechtsgrund sollte dann erkennen lassen, daß die Parteien trotz alledem den dinglichen Eigentumsübergang beabsichtigten (Wolff § 67. 5 „es soll ein Rechtsgrund ersichtlich sein, aus dem der Veräußerer die Detention behält"). Das Besitzverhältnis soll Beweis sein für die Ernsthaftigkeit des Uebereignungswillens. Das Gesetz verlangt aber mit keinem Worte, daß dieses Besitzverhältnis seinem Inhalt nach einem der Vertragstypen des BGB. zu entsprechen habe, „individualisiert" sein solle. Es ist nicht einzusehen, warum nicht ein Besitzverhältnis, das lediglich den Erfordernissen des § 868 Halbsatz 2 entspricht, einen genügenden Grund für die Besitzeinbehaltung des Veräußerers enthalten könnte. Entscheidend kann nur sein, daß die Parteien den Eigen-

tumsübergang ernstlich wollen. Sollten die Parteien dann noch fürs erste den Besitz bei dem Veräußerer belassen wollen, so entscheidet einzig und allein für die Erheblichkeit des Besitzverhältnisses, daß sie einen tatsächlichen Grund für diese Besitzregelung haben, nicht aber, daß sie es nach einer bestimmten Vertragsart bezeichnen.

Hat ein Fabrikant z. B. die Produkte aus Stoffen dem Lieferanten unter Beibehaltung des Besitzes zur Sicherung übereignet, so ist ein Besitzverhältnis im Sinne des § 868 nicht aus dem Grunde abzulehnen, weil die Parteien es vielleicht versäumten, diesen Vertrag als „Verwahrungsvertrag" oder als „Leihe" zu bezeichnen. Hier soll für den Fabrikanten eine Berechtigung zum Besitze des Eigentums des Lieferanten bestehen, diese Berechtigung ist auch genauer ihrem Inhalte nach bezeichnet, daß nämlich innerhalb eines bestimmten Rahmens über die Sachen verfügt werden darf. Auch ist die Dauer der Besitzberechtigung gegenüber dem Lieferanten begrenzt, als bei Zahlung des Kaufpreises die Besitzberechtigung, die bisher nur eine solche gegenüber dem Lieferanten war, nunmehr eine absolute Berechtigung zum Eigenbesitz wird; evtl. (bei Nichtzahlung) soll die Besitzberechtigung endigen.

Es kann also schon in einem fiduziarischen Verhältnis je nach den Umständen ein Besitzverhältnis im Sinne des § 868 liegen (so schon JW. 1912 S. 144). Es muß sogar für richtiger gehalten werden, wenn die Parteien ein s o l c h e s Verhältnis als ihr Besitzmittlungsverhältnis vorbringen und nicht pro forma zu Vertragsarten greifen, die die wirkliche Rechtslage nur bemänteln sollen, aber keineswegs charakterisieren. Die Parteien, die ein fiduziarisches Verhältnis abschließen, haben ja einen wirklichen Grund, dem Fabrikanten den Besitz zu belassen; er soll die Ware innerhalb der ihm vom Eigentümer gestellten Grenzen verwerten, sowohl im Interesse des Fabrikanten, wie auch des Eigentümers selbst. Ein Scheingrund wäre es aber, hier zu behaupten, der Fabrikant solle die Sachen lediglich verwahren, oder gar mieten. Wie Schwister JW. 1931 S. 1163 richtig hervorhebt, würde „kaum jemals der Mietzins als solcher bezahlt werden"[20]).

Es ist also nur zu befürworten, wenn es in Zukunft nicht mehr auf ein individualisiertes Konstitut ankommen soll, bei dem die Parteien mehr oder weniger willkürlich zwischen der Bezeichnung als

20) Die zuweitgehende Forderung nach einer Typisierung des besitzmittelnden Verhältnisses zwang die Parteien förmlich zur Abmachung innerlich unwahrer Verhältnisse. Dieser „Mißbrauch" wurde teilweise besonders mit der „Kommission" (Schalfejew S. 111) getrieben, obwohl der Weiterverkauf seitens des Fabrikanten offensichtlich auf seine eigene Rechnung erfolgte und eine Abtretung der Forderung aus dem Weiterverkauf nur als fiduziarische gedacht war. Ein Kommissionsverhältnis im Sinne des § 383 HGB. lag wohl nie vor und kann nicht kurzerhand durch Vereinbarung begründet werden (so Schwartz S. 30).

Kommission, Leihe, Verwahrung und dergl. gewählt haben (so der Standpunkt noch in RG. 49 S. 173), sondern auch ein „abstraktes" Konstitut genügen zu lassen, wenn die Parteien einen vernünftigen, sei es auch nur wirtschaftlichen Grund für die Besitzregelung gehabt haben (dahingehend die Forderung Arwed Kochs in Bank A. 20 S. 93, nunmehr bejaht in RG. 118 S. 364, vertreten von Heck Bd. 3 Exkurs 5, auch Gruchot 53 S. 1048).

Ist somit der Mangel einer individualisierenden Bezeichnung des Besitzverhältnisses nicht weiter schadend für die Gültigkeit des Besitzkonstituts, so muß dasselbe gelten, wenn die Parteien einen wirklichen Rechtsgrund für die Besitzbelassung beim Veräußerer, also etwa Sicherungsübereignung, gehabt haben, dafür aber eine unrichtige Bezeichnung mit Rücksicht auf die bisherige Uebung gewählt haben. Wollten die Parteien trotzdem ernsthaft die Uebereignung, so wird diese nicht dadurch unwirksam, weil die Parteien für das zwischen ihnen bestehende Besitzverhältnis eine falsche Bezeichnung getroffen haben. (Melchior Vhdl. S. 209).

Bahnt sich so eine Entwicklung an, welche ein nicht typisiertes, mit wirklichem Grund vereinbartes Besitzkonstitut genügen läßt, so ist die Möglichkeit einer antipizierten Uebereignung bereits seit langem anerkannt. Schon ehe der Veräußerer den Besitz der Sache hat, soll er in der Lage sein, die dingliche Einigung und die Vereinbarung eines Besitzverhältnisses vorzunehmen. Gegner des antizipierten Besitzkonstituts ist wohl nur Wolff § 67[21])[22]). Er will aus den Worten des Gesetzes in § 929 S. 1 entnehmen, daß die Uebergabe „in Einigkeit über den Eigentumsübergang" erfolgen müsse, es genüge nicht, daß sich die Parteien „früher einmal geeinigt haben". Er will also die Erklärung der dinglichen Einigung nur im Zeitpunkt der Uebergabe gelten lassen und hält eine vorausgehende Einigung für unwirksam. Demzufolge hält er auch beim antizipierten Besitzkonstitut die vorweggenommene dingliche Einigung für unwirksam, da mangels Besitzes des Veräußerers die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses noch keine Uebergabewirkung haben kann. Wolff hat wohl in den Wortlaut des § 929 etwas hineingelesen, was dieser gar nicht verlangt, nämlich die Einigung solle im Augenblicke der Uebergabe „erklärt" werden. § 929 spricht aber von Uebergabe „und" Einigung. Das liegt aber auch dann vor, wenn die Einigung

---

21) Nicht ganz klar, ob auch Pesl in Bay. ZRpfl. 1921 S. 197 dahin zu verstehen ist. „Der Unternehmer müsse den Uebergangswillen bei jeder Verarbeitung des Rohstoffes „erneut" fassen".

22) So Wolff jedenfalls betr. der technischen Frage einer der Uebergabe oder dem Surrogat vorausgehenden Einigung. Tatsächlich, im Ergebnis aber hat sich Wolff mit der Rechtsschöpfung des antizipierten Konstituts abgefunden, das er als „festes Gewohnheitsrecht" gelten lassen will. § 67 I 2 S. 205.

bereits vorher erklärt war und mangels Widerrufs noch als fortbestehend angesehen werden kann. Warum sollte auch bei der Uebereignung beweglicher Sachen die Einigung nicht vor der Uebergabe erfolgen können, wenn dies im Liegenschaftsrecht, wie sich aus § 873 Abs. 2 und § 878 ergibt, zulässig ist? Es muß als genügend angesehen werden, wenn die Parteien im Zeitpunkt der Uebergabe bezw. des Surrogates n o c h einig sind. Dies Einigsein ist aber zu vermuten, so lange die Parteien nicht durch ein ausdrückliches äußeres Verhalten zu erkennen gegeben haben, daß sie eine Willensänderung vorgenommen haben. Eine derartige Auslegung ist aus dem Rechtsscheingedanken des Gesetzes in den §§ 116 Satz 1 und 164 Abs. 2 zu rechtfertigen.

Erfordernis der antizipierten Einigung ist noch, daß ihre Wirksamkeit für die Z u k u n f t, den Zeitpunkt der Besitzerlangung des Veräußerers, beabsichtigt ist (so RG. 56 S. 54; 73 S. 418; JW. 1907 S. 747). Weiterhin wird häufig hervorgehoben, daß eine derartige Willenseinigung, die für die Zukunft dinglich wirken soll, nicht als selbstverständlich angenommen werden dürfe, vielmehr ausdrücklich oder stillschweigend v e r e i n b a r t sein müsse (RG. 56 S. 54; JW. 1907 S. 747). Soll also das Produkt aus einer verarbeiteten EV.-Ware durch antizipiertes Besitzkonstitut auf den Lieferanten übertragen werden, so haben wir zwei entgegengesetzt laufende dingliche Einigungen, einmal die bedingte Einigung betreffs der Vorbehaltsware, die durch Kaufpreiszahlung vollwirksam und dem Fabrikanten Eigentum übertragen würde; dann die antizipierte Einigung, die im Zeitpunkt des Entstehens der neuen Sache wirksam werden und Eigentum am Produkt auf den Lieferanten übertragen soll.

Außer der antizipierten Einigung wird auch die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses vorweggenommen. Gegen diese vorherige Vereinbarung wird nichts eingewandt; Wirksamkeit kann auch sie erst erhalten, wenn der Besitzmittler, der Veräußerer, den Besitz tatsächlich erlangt. Dabei ist aber nicht nur, wie Spiegel S. 35 meint, an unmittelbaren Besitz des Veräußerers zu denken, sondern auch mittelbarer Besitz, in der Hand des Veräußerers, ist genügend (so RG. 113 S. 60/61). Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 871.

Besondere Erfordernisse beim antizipierten Konstitut.

Eines der wesentlichsten Erfordernisse der antizipierten Einigung ist die Bestimmtheit des Gegenstandes, der mit Besitzerwerb des Veräußerers auf den Erwerber übergehen soll. Ist der Veräußerer noch nicht im Besitz des Gegenstandes, den er nach § 930 übereignen will, sei es daß dieser in anderen Händen oder überhaupt noch nicht da ist, so kann sich die vorweggenommene dingliche

Einigung keinesfalls auf ein unbestimmtes Etwas, das weder seinem Umfang noch seiner Beschaffenheit nach abgegrenzt ist, beziehen; es ist vielmehr nach den Grundsätzen der Spezialität im Sachenrecht, wonach Rechte an bestimmten, einzelnen Gegenständen begründet werden, von vornherein eine Konkretisierung des Sachgegenstandes zu verlangen, der demnächst auf den Erwerber übergehen soll. Es muß ein Sachobjekt festgestellt werden, auf das sich die vorweggenommene Einigung beziehen kann; ist ein solches noch nicht zu umgrenzen, so ist die antizipierte Einigung gegenstandslos, unwirksam. Bei der Konkretisierung, die wesentliches Erfordernis für die Möglichkeit der dinglichen Einigung ist, kann es also auch nicht genügen, wenn der zu übereignende Gegenstand „demnächst einmal" feststellbar wird oder nur möglicherweise bestimmbar ist. Dann kommt eine antizipierte Einigung überhaupt nicht zustande, es ist nichts da; ein etwaiges Wirksamwerden vom Zeitpunkte der Feststellbarkeit ab kommt nicht in Frage.

Es fragt sich, ob man das aus einer Verarbeitung entstehende, also gegenwärtig noch nicht vorhandene Produkt als genügend bestimmt ansehen kann. Wenn die aus bestimmten Stoffen herzustellenden Fabrikate antizipiert übereignet werden sollen, so dürfte das als Konkretisierung genügen. Als gegenwärtiger Anhaltspunkt für die Erfaßbarkeit des betreffenden Fabrikats dient schon der Stoff, der zur Herstellung verwandt wird. Werden Sachen verschiedener Art oder auch aus Stoffen anderer Lieferanten hergestellt, so ist zur Konkretisierung eine weitere Kennzeichnung erforderlich. Häufig wird auf die Buchführung verwiesen oder eine gesonderte Lagerung vorgeschlagen (so Meyerstein S.166). Eine sorgfältige Kennzeichnung und Bestimmung würde auch die Aufnahme eines besonderen Inventars bedeuten. Der Kammergerichtsbeschluß vom 27. Mai 1930 bringt einen Fall, in dem eine unzweifelhafte Bestimmtheit der aus gelieferten Stoffen verarbeiteten Produkte dadurch erreicht war, daß die Farbpartien sowie die Dessins bezeichnet wurden, für welche die gelieferte Wolle Verwendung fand. Die Mittel, eine genauere Bestimmtheit der zu übereignenden Waren zu erreichen, werden branchenmäßig verschieden sein. Bei manchen Warengattungen wird man die Nummern der zu übereignenden Gegenstände (z. B. bei Maschinen) angeben können, bei anderen bedient man sich der Angabe von Größen- und Längenmassen (so in der Holzindustrie, siehe Gruchot 53 S. 1046).

Sollen größere Mengen gleichartiger Sachen nach ihrer Verarbeitung auf den Lieferanten übergehen, so wäre eine genauere Kennzeichnung in der oben genannten Art zu umständlich. Es ist anerkannt, daß hier zur erforderlichen Bestimmtheit die Verbringung der Waren an einen bestimmten Standort, in eine gesonderte Lagerung, genügt; eine Inventarisierung ist hier nicht zu verlangen (JW.

1912 S. 144). Doch muß eine gesonderte Lagerung streng durchgeführt werden; alle Sachen, die an den betreffenden Platz verbracht werden, müssen eine gleiche Eigentumsregelung erfahren. Das gilt nicht nur für Stoffe fremder Lieferanten, sondern auch für sämtliche Stoffe aus einer Bezugsquelle, wenn sie in das zur Kennzeichnung und Bestimmung dienende Lager gelangen.

Soll beispielsweise nur eine Höchstzahl der in das Lager gelegten Produkte auf den Stofflieferanten übereignet werden, die darüber hinaus vorhandenen Produkte im Eigentum des Fabrikanten bleiben, so haben wir nur eine ungenügende, nur mögliche Bestimmbarkeit, aber keine Bestimmtheit, wie sie gefordert wird. Es fehlt dann von vornherein an einem bestimmten Gegenstand für die dingliche Einigung und damit an einer wirksamen Einigung überhaupt. Das Eigentum geht hier nicht erst bei Ueberschreitung der Höchstzahl unter, sondern ist mangels Gültigkeit der antizipierten Einigung gar nicht erst entstanden. Die antizipierte Uebereignung einer Höchstzahl von Produkten gleicher Art kann nur dann die erforderliche Bestimmtheit haben, wenn gleichzeitig vereinbart wird, daß auch nur diese Höchstzahl in das Sonderungslager gebracht wird. Das wird häufig übersehen.

Etwas anderes ist die Vereinbarung einer sog. „Bereithaltungsgrenze". Hier sind alle Sachen, die in das Lager geraten, nicht nur eine Höchstzahl, zur Uebereignung bestimmt; es kommt lediglich die Abrede hinzu, daß das Lager nur bis zu einem gewissen Mindestbestand, der Bereithaltungsgrenze, verwertet werden darf (RG. 113 S. 60).

Geraten infolge eines Versehens gleichartige Produkte aus anderen Stoffbezugsquellen in das Lager, so wird dadurch wohl an der Bestimmtheit der übereigneten Sachen nichts geändert, das Eigentum ist bereits gültig entstanden. Es fragt sich allerdings, wie weit es bestehen bleibt, und nicht die Grundsätze der Vermengung und Vermischung Platz greifen. War aber von vornherein mit dieser Möglichkeit zu rechnen, so mangelte es von jeher an der nötigen Bestimmtheit, eine wirksame Einigung konnte nicht erfolgen (RG. 113 S. 62).

Die Bestimmtheit der zu übereignenden Produkte erleidet dadurch keine Beeinträchtigung, daß mehrere Stoffe mehrerer Lieferanten in einem Produkt verarbeitet werden. Hier kommt es m. E. nur auf eine Konkretisierung des zur Entstehung gelangenden körperlichen Gegenstandes an, der von der Einigung erfaßt werden soll, und zwar in seiner körperlichen Bestimmbarkeit und seiner Trennung von anderen Sachkörpern, deren Rechtslage eine andere ist. Eine antizipierte Einigung ist ganz allgemein denkbar, wofern nur der körperliche Gegenstand, auf den sie sich beziehen soll, bestimmt ist. Das ist er aber, auch wenn er aus Rohstoffen verschiedener

Lieferanten zusammengesetzt ist. Es liegt dann auf einem anderen Gebiete, wieviel Eigentum auf den Lieferanten eines jeden Rohstoffteils übertragen werden soll[23]).

Ist nicht festzustellen, welche Fertigfabrikate aus den Rohstoffen dieses und jenes Lieferanten hergestellt worden sind, so will Koch in Bank A. 20 S. 93 de lege ferenda im Konkurse des Verarbeiters mit Rücksicht auf den Veredlungsverkehr die juristischen Bedenken zurücktreten lassen. Wie er sich die Lösung denkt, sagt er nicht. M. E. ist mangels ursprünglicher Bestimmtheit eine Uebereignung überhaupt nicht vor sich gegangen, vielmehr der Fabrikant Eigentümer geblieben. De lege lata ist den verschiedenen Lieferanten ein Absonderungsrecht nicht zuzubilligen. Es ist aber eine gesetzliche Sonderbevorzugung ausländischer Rohstofflieferanten auch garnicht nötig, da eine Konkretisierung nach geltendem Rechte möglich ist und nur von der Sorgfalt der Parteien abhängt.

Schließlich gilt für die Wirksamkeit des antizipierten Besitzkonstituts als unerläßliches Erfordernis die Vornahme einer der Vereinbarung entsprechenden Handlung, sobald der Veräußerer den Besitz erlangt hat. Dieses vereinbarungsgemäße Handeln als Abschlußhandlung des Konstituts führt den endgültigen Eigentumsübergang herbei, dieser erfolgt also nicht automatisch mit der Besitzerlangung des Veräußerers; es findet ein Zwischenerwerb in der Person des Veräußerers, hier des Fabrikanten statt, er ist nicht lediglich „Durchgangsperson" für den Rechtserwerb des Lieferanten.

Darüber, daß zum endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung gehöre, herrscht Einmütigkeit[24]). Wie überhaupt das antizipierte Besitzkonstitut, so ist auch dieses Erfordernis nicht vom Gesetz aufgestellt, verdankt vielmehr seine Entstehung dem Schrifttum und der Rechtsprechung.

Warum aber eigentlich dieses „vereinbarungsgemäße Handeln"? An sich könnte man auf dem Standpunkt stehen, daß der Eigentumsübergang, dessen Erfordernisse im Sinne des § 930 mit der vorweggenommenen Einigung und Vereinbarung eines Besitzverhältnisses erfüllt sind, nunmehr mit Besitzerlangung des Fabrikanten vor sich gehe. Trotzdem wird weiterhin ein äußerlich erkennbares Handeln verlangt. Begreiflich ist es, dieses Erfordernis aufzustellen für den Fall, daß lediglich eine obligatorische Verpflichtung für den Fabrikanten bestand, den Eigentumsübergang nach § 930 und § 181 durch Selbstkontrahieren herbeizuführen; denn hier liegt noch kein Tatbestandsmerkmal einer dinglichen Rechtsübertragung vor;

23) Ueber diese Regelung vgl. im einzelnen S. 77 ff.

24) RG. 56 S. 54; 73 S. 418; OLG. Frankfurt JW. 1907 S. 747; dasselbe JW. 1912 S. 145; RG. Recht 1909 Nr. 1998; Schalfejew S. 111.

hier ist es berechtigt, eine äußerlich erkennbare Betätigungshandlung des dinglichen Geschäfts zu fordern, um es nicht bei einem unkontrollierbaren internen Vorgang beim Fabrikanten bewenden zu lassen.

Die Notwendigkeit einer Ausführungshandlung[25]) beim antizipierten Besitzkonstitut dagegen scheint mir rein rechtlich nicht vorzuliegen; sie wird häufig damit begründet, es solle dadurch das Nochvorhandensein der dinglichen Einigung, die Fortdauer des Eigentumsübertragungswillens im Zeitpunkt des Besitzerwerbs dokumentiert werden (RG. 73 S. 418; JW. 1912 S. 144; Schalfejew S. 111). Daß aber die einmal abgeschlossene dingliche Einigung noch fortdauert, bedarf m. E. keiner besonderen Hervorhebung, das muß vielmehr vermutet werden, bis das Gegenteil äußerlich erkennbar wird. Vorher ist kein Anlaß dafür vorhanden, eine Willensänderung beim Veräußerer anzunehmen und dementsprechend eine äußerliche Bestätigung zu verlangen, daß solches nicht geschehen sei. Der nicht hervorgetretene Wille könnte aber unberücksichtigt bleiben. Außerdem müßten die Vertreter der Ansicht, die Fortdauer des Uebertragungswillens solle der Ausführungshandlung entnommen werden, konsequent doch auch von dem Erwerber das Nochvorhandensein des Erwerbswillens durch eine äußerliche Handlung bestätigt verlangen. Das wird aber nirgends für nötig befunden. Bei der ähnlich liegenden antizipierten Forderungsabtretung wird auch keine Ausführungshandlung im Zeitpunkt des Forderungserwerbes durch den Zedenten verlangt. Vielmehr geht nach dem Erwerb durch den Zedenten die Forderung ohne weiteres auf den Zessionar über (Oertmann zu §§ 398, 399. 1g; RG. 67 S. 167).

Ist die verlangte Ausführungshandlung beim antizipierten Besitzkonstitut als Ausdruck des noch fortdauernden Uebertragungswillens durchaus unnötig, so kann, wenn man sie nicht lediglich als praktisches Zweckmäßigkeitserfordernis ansehen will, ihr eine Bedeutung vielleicht dahin gegeben werden, daß sie als Versinnbildlichung der Besitzübertragung dienen soll. Wenn im deutschen Recht (anders im französischen und italienischen) zur Wirksamkeit dinglicher Rechtsübertragung grundsätzlich die Besitzverschaffung erforderlich ist, so hat das seinen Grund darin, daß diese Rechtsänderung äußerlich wahrnehmbar sein soll. Dieser Gedanke der Erkennbarkeit dinglicher Rechtsänderung würde aber beim antizipierten Besitzkonstitut völlig zurückgedrängt, wenn allein die vorweggenommene abstrakte Besitzverhältnisabrede bei Besitzerwerb des Fabrikanten die Wirkung des Eigentumsüberganges herbeiführen würde, während sie doch als Uebergabesurrogat die Funktion

25) Ueber ihre eventuelle Bedeutung aber für die Publizität vgl. den folgenden Absatz.

äußerlicher Erkennbarmachung auszuüben hat. Hiernach hätte also die sog. Ausführungshandlung eine rechtliche Bedeutung, nämlich beim Fabrikanten die „Besitzumschaltung" des zunächst eingetretenen Eigenbesitzes in einen Fremdbesitz für den Lieferanten sinnfällig zu machen. (Eine Wirkung, die beim einfachen Konstitut durch die Vereinbarung nach § 930 hervorgerufen wird, hier aber nicht schon mit Abschluß der Vereinbarung, da sie erst in die Zukunft wirkt, eintreten könnte).

Darüber hinaus darf wohl nicht verkannt werden, daß das Erfordernis der tatsächlichen Ausführungshandlung in erster Linie praktischen Bedürfnissen entsprungen ist, z. B. einen Zeitpunkt für den Eigentumsübergang klarzulegen und eine Kennzeichnung, Sonderung der von dem Rechtsübergang betroffenen Gegenstände herbeizuführen. Das sind aber wesentlich die Maßnahmen, welche bereits oben als Mittel der Konkretisierung genannt wurden, mögen für die „Ausführungshandlung" allein auch schon Maßnahmen geringerer, rein äußerlicher Art genügen. Gesetzliche Beispiele solcher „Ausführungshandlungen" finden wir in § 5 der österr. Vollz. Anw., obwohl diese in der Verordnung keine Konstitutivwirkung haben, dort vielmehr die Registereintragung der maßgebende Akt ist. Genannt wird in der Vollz. Anw. z. B. äußerliche Kenntlichmachung, Trennung von anderen gleichartigen Erzeugnissen, Aufschreibungen der Erzeugnisse, des Gewahrsams der Erzeugnisse. Cahn in Bay. ZRpfl. 1926 S. 98 verlangt darüber hinaus für eine „sorgfältige Durchführung" noch getrennt geführte Verbuchung, Bestandsübermittlung unter Nachweis der Zu- und Abgänge.

b) Schwierigkeiten, die sich der **praktischen** Durchführung des antizipierten Konstituts entgegenstellen.

Rein theoretisch betrachtet ist also durch antizipiertes Besitzkonstitut eine Sicherung für den Lieferanten zu erreichen. Doch darf nicht verfehlt werden, darauf hinzuweisen, daß die Durchführung in der Praxis häufig unüberwindlichen Schwierigkeiten begegnet. Grundsätzlich ist m. E. das Konstitut, wenn eben möglich, im Sinne des damit beabsichtigten Sicherungszweckes aufrechtzuerhalten[26]).

Die praktischen Schwierigkeiten tauchen vor allem in Betrieben mit mehrfach aufeinanderfolgenden Verarbeitungsprozessen verschiedener Art auf, bei denen mehrfach Zwischenfabrikate, neue Sachen im Sinne des § 950 entstehen, bei denen also jedesmal eine erneute Uebereignung durch Konstitut mit allen genannten Erfor-

26) Auf die Gefahr hin, daß die Uebereignung später nicht zu Ende durchgeführt werden kann, also dann erst hinfällig wird.

dernissen nötig würde (Betr. der Frage, wann ein solches Zwischenprodukt als neue Sache vorliegt, sei auf die Ausführungen in § 5b verwiesen). Kann man zwar annehmen, daß die vorweggenommene Einigung sich auch auf diese Halbfabrikate erstreckt, und Bestimmtheit der zu übereignenden Zwischenfabrikate vorliegt, so ist aber das Erfordernis der äußerlich erkennbaren Ausführungshandlung an den von der Uebereignung zu erfassenden Gegenständen häufig so gut wie undurchführbar. So weist Melchior im Bank A. 1920 S. 55/56 darauf hin, daß Zwischenfabrikate im Gegensatz zu Rohstoffen und Fertigwaren vielfach nicht verbucht werden und wohl auch buchmäßig gar nicht erfaßbar sind. Eine Anbringung von Kennzeichen an den einzelnen Zwischenprodukten wird häufig wegen der großen Anzahl oder wegen der Beschaffenheit untunlich sein oder aber mit Rücksicht auf die Weiterverarbeitung oder die Veräußerung nicht in Frage kommen (Melchior erwähnt noch evtl. Anschläge an Fabrikräumen). Derartige Kennzeichnungshandlungen sind in manchen Branchen auch schon wegen der Geschwindigkeit der Weiterverarbeitung nicht durchzuführen. Grünebaum in der DJZ. 1920 S. 584 verweist dafür vor allem auf die Eisenindustrie, wo Erze verschiedenster Herkunft in Hochöfen gemischt werden, anschließend in Stahlöfen eine neue Vermischung erfahren, und gleich wieder der noch glühende Stahl in Walzenstraßen geleitet wird, um hier eine bestimmte Form zu erhalten. Hier wird offensichtlich, daß eine jedesmalige Uebereignung praktisch manchmal ausgeschlossen ist; vor allem wird jetzt auch begreiflich, daß die Sicherung durch antizipiertes Konstitut, wie schon oben erwähnt, nur wenig Aufnahme in den Formularen der Lieferantenverbände gefunden hat; denn das Beispiel Grünebaums ist nur aus e i n e r Branche herausgegriffen; ähnliche Schwierigkeiten werden auch andere Branchen aufzuweisen haben. Hier ist die Vereinbarung eines antizipierten Konstituts immerhin in der Weise möglich, daß lediglich das fabrikfertige Fabrikat auf den Rohstofflieferanten übereignet wird, während allerdings bis dahin der Lieferant infolge Verarbeitungserwerb des Fabrikanten an den Halbfabrikaten ungesichert ist.

Aber auch in den Fällen, in denen Kennzeichnungshandlungen durchführbar sind, hängt die Sicherung des Lieferanten stets davon ab, daß der Fabrikant zuverlässig und vertragstreu die nötigen Handlungen vornimmt. Eine, selbst böswillige Unterlassung hat unweigerlich zur Folge, daß das Eigentum bei dem Fabrikanten verbleibt. Es besteht für den Lieferanten wohl die Möglichkeit, sich durch einen an Ort und Stelle befindlichen Treuhänder den Besitz vermitteln zu lassen, eine Regelung, wie sie z. B. im deutsch-niederländischen Handelsabkommen vom 31. Dezember 1920 getroffen ist.

Nach der voraufgegangenen Darstellung dürfte zur Sicherung des Lieferanten eine Klausel wirksam und genügend sein, wonach

das Eigentum an Zwischen- und Fertigfabrikaten nach § 930 auf den Lieferanten übergehen soll, im übrigen auf die üblichen Verfügungsermächtigungen hingewiesen wird, die die Besitzberechtigung des Fabrikanten dartun und umgrenzen.

c) Rechtliche Unterschiede zwischen dem Vorbehaltseigentum vor der Verarbeitung und dem durch Besitzkonstitut nach der Verarbeitung begründeten Eigentum.

Die Rechtslage des Lieferanten, der nach der Verarbeitung durch Uebereignung nach § 930 gesichert wurde, hat gegenüber seiner Stellung als Vorbehaltseigentümer eine Aenderung erfahren, teils zu seinen Gunsten, teils zu Ungunsten.

Der Lieferant ist nach Lieferung der Stoffe zunächst noch Eigentümer geblieben. Nicht, daß er lediglich ein Pfandrecht an den gelieferten Sachen hätte. Vielmehr liegt, wie Rühl S. 14 hervorhebt, eine „echte bedingte Uebereignung" vor, die den Lieferanten bei Nichtzahlung des Kaufpreises zur Rücknahme seiner Sache berechtigt. Das Eigentum des Lieferanten ist aber beschränkt durch die aufschiebende Bedingung der Preiszahlung, dem entspricht auf der Seite des Fabrikanten ein Anwartschaftsrecht.

Mit der Verarbeitung ist das Eigentum des Lieferanten erloschen, ein Vorgang, den Lieferant und Fabrikant bei Vereinbarung einer antizipierten Uebereignung der neuen Sache hinnehmen, ja voraussetzen. Das Eigentum, das nunmehr nach § 930 auf den Lieferanten übertragen wird, ist aber nicht mehr das alte Stoffeigentum in dem ihm durch die Bedingung auferlegten Umfang, dieses ist ja erloschen. Uebertragen wird auf den Lieferanten das neue, originäre Eigentum des Fabrikanten und zwar in dem neu entstandenen Umfang. Mit anderen Worten, nicht ein mit Anwartschaft belastetes Eigentum, sondern ein vorbehaltsloses, volles Eigentum an der neuen Sache geht auf den Lieferanten, der zuvor nur ein auflösend bedingtes Eigentum hatte, über (auch Anwartschaftsrechte erlöschen nach § 950 Abs. 2. Kohler S. 212).

Durch die Uebereignung nach § 930 ist eine zweifache Veränderung gegenüber dem Vorbehaltseigentum zugunsten des Lieferanten festzustellen: Es wird für ihn ein volles Eigentumsrecht begründet, das Anwartschaftsrecht des Fabrikanten ist erloschen; außerdem erhält er eine größere Sicherung, als ihm wirtschaftlich zukommt, da die übereignete Sache durch die Arbeit des Fabrikanten eine, oft sehr erhebliche Wertsteigerung erfahren hat.

Auf der anderen Seite ergeben sich aber auch Nachteile für den Lieferanten; denn die Eigentumsübertragung, die den früheren Eigentumsvorbehalt des Lieferanten ersetzen sollte, stellt sich nun-

mehr dar als eine Uebereignung, die zur Sicherung des vom Warenlieferanten gewährten Kredits vorgenommen wird, als „Sicherungsübereignung" in der heute üblichen Bedeutung. Man erblickt in ihr also nicht mehr den alten Eigentumsvorbehalt, bei dem die Sicherung des Lieferanten unter Wahrung des ursprünglichen materiellen Eigentumscharakters erreicht wird, sondern diese neue Sicherung hat, materiell gesehen, die Natur eines Pfandrechts[27]).

Die Folgen dieser Annahme einer technischen „Sicherungsübereignung" zeigen sich, wenn einer der beiden Kontrahenten in Konkurs gerät. Hier hat sich die Rechtsprechung nicht daran gestört, daß formalrechtlich „Eigentum" übertragen worden ist, vielmehr hat sie hier den materiellen, wirtschaftlichen Inhalt der Sicherungsübereignung aufgedeckt und die Vermögenszugehörigkeit zum Vermögen des Sicherungseigentümers verneint. Im Konkurse wird die Sicherungsübereignung entsprechend ihrem wirklichen Charakter als Pfandrecht behandelt, sie gewährt dem Lieferanten im Konkurse des Fabrikanten nur eine A b sonderung, dem Fabrikanten im Konkurse des Lieferanten eine A u s sonderung (RG. 118 S. 209/210). Der Lieferant erhält also durch die Verarbeitung und Uebereignung nach § 930 eine schwächere Stellung im Konkurse. (So auch Schalfejew S. 111). Man kann nicht allgemein sagen, diese Schlechterstellung werde durch den Arbeitsmehrwert der übereigneten Sache wettgemacht. Das wird ganz vom Einzelfalle, z. B. der Höhe des Arbeitswertes, der Konkursquote[28]) usw. abhängen.

Man muß sich aber fragen, ob die Behandlung des Sicherungseigentums im Konkurs, die an sich den konkursrechtlichen Grundsätzen durchaus zu entsprechen scheint, ohne weiteres, schematisch auf die hier vorliegende Art der Sicherungsübereignung übertragen werden kann. Ich möchte dieses Sicherungseigentum, das von den Kontrahenten ursprünglich als Fortsetzung des EV. gedacht ist, von einer Sicherungsübereignung im üblichen Sinne unterscheiden. Dieser üblichen Sicherungsübereignung ist es eigen, daß willkürlich irgendwelche Gegenstände, zu denen der Sicherungsnehmer zuvor in keiner besonderen Beziehung stand, einem Kredit- und zwar G e l d kreditgeber, zur Sicherung für die Hingabe von Geldkredit übereignet werden. Hier aber liegt der Fall doch anders. Zunächst wird nicht ein Geldkredit, sondern ein W a r e n kredit gesichert. Das geschieht in der Weise, daß zur Sicherung nicht irgendwelche, willkürlich gewählten Vermögensstücke des Schuldners, sondern die gelieferten Waren selbst zur Sicherung nicht „hingegeben" wer-

27) Daß lediglich deshalb eine Sicherungsübereignung der Ernsthaftigkeit ermangeln soll, ist nicht anzunehmen. Das Gesetz selbst scheint in § 223 Abs. 2 derartige Sicherungsmaßnahmen anzuerkennen.

28) Im Sinne des § 64 KO. für die A u s f a l l forderung, die etwa bei geringerem Verwertungserlös in Frage kommt.

den, sondern „verbleiben". Der EV. des Lieferanten erleidet eine indirekte Fortsetzung in der genannten Sicherungsübereignung. Auch hier wird weiter ein Warenkredit gesichert, auch hier sollen zur Sicherung nur solche Gegenstände herhalten, zu denen der Lieferant bereits vorher in einem besonderen, rechtlichen Verhältnis gestanden hat. Auch wollte der Lieferant sein Eigentum nicht aufgeben, diese Wirkung mußte er zufolge dem Gesetzesausspruch im § 950, ob er wollte oder nicht, in Kauf nehmen. Doch zeigt die Konstitutabrede der Parteien, daß sie die Wirkung des § 950 nur als „vorübergehende Aufhebung" des Lieferanteneigentums auffassen wollen. Vor allem die Tatsache, daß nicht ein beliebiges fremdes Vermögensstück des Fabrikanten, sondern die Stoffe des Lieferanten in verarbeitetem Zustand wieder in sein Eigentum „zurück"geführt werden, läßt es gerechtfertigt erscheinen, hier wirtschaftlich von einer Fortsetzung des EV. zu sprechen, zufolge dessen der Lieferant nicht nur formalrechtliches Eigentum erhält, sondern auch materiellrechtlich eine zu seinem „Vermögen" gehörende Sache, die, wenn es im Belieben der Parteien gelegen hätte, garnicht von diesem Vermögen getrennt worden wäre. Die hier geschilderte Art von Sicherungseigentum ist materiellrechtlich nicht als Pfandrecht, sondern als wirkliches Eigentum des Lieferanten anzusehen; die Ware gehört wirtschaftlich nicht zum Vermögen des Fabrikanten, sondern des Lieferanten, da nur eine kurze unfreiwillige Unterbrechung der Vermögenszugehörigkeit erfolgte. Demzufolge möchte ich es für richtiger halten, im Konkurse, der doch die wirkliche materielle Rechtslage bei der Sicherungsübereignung berücksichtigt, aus eben demselben Gedanken heraus ein auf einen EV. zurückgehendes Sicherungseigentum auch gleich dem EV. zu behandeln, d. h. den Lieferanten als Wareneigentümer anzusehen.

Allerdings erscheint zweifelhaft, ob dieser Gedanke in der Rechtsprechung so weit durchgeführt wird (bisher wohl noch nicht entschieden). Mindestens so naheliegend ist eine umgekehrte Entwicklung, wonach ähnlich dem Sicherungseigentümer, auch dem Vorbehaltseigentümer im Konkurse nur ein Absonderungsrecht gebühren solle, da die Vorbehaltsware „zum Betriebsvermögen des Schuldners gehöre" (so Michel S. 263) und unter Vermögen im Sinne des Konkurses nicht das formale, sondern das wirtschaftliche Eigentum fallen müsse.

Bei der Einzelvollstreckung ist dem Sicherungseigentum eine gleiche Stellung wie dem EV. eingeräumt. Der Lieferant kann nach § 771 ZPO. der Vollstreckung in ihm übereignete Gegenstände widersprechen, umgekehrt hat hier der Fabrikant mangels Eigentums dieses Recht nicht mehr.

Auf eine weitere Verschlechterung der Lage des Lieferanten nach Sicherungsübereignung macht Melchior Vhdl. S. 216 aufmerksam.

Will der Lieferant wegen irgendeiner anderen Forderung beim Fabrikanten pfänden, so kann er seine eigene Vorbehaltsware pfänden und nunmehr, nachdem er so durch staatliche Mitwirkung jede Verfügungsmöglichkeit des Fabrikanten ausgeschlossen hat, auf den Eintritt der Bedingung einseitig verzichten[29]). Damit geht das Eigentum an der Vorbehaltsware ohne weiteres auf den Fabrikanten über, die an sich unerläßliche Einigung war ja schon vorweggenommen. Nunmehr erhält der Lieferant an der vorher gepfändeten Sache ein materiell wirksames Pfändungspfandrecht, das vorher an der eigenen Sache nicht entstehen konnte. Diese Möglichkeit hat der Sicherungseigentümer nicht. Wohl kann auch er aus Sicherungsgründen eigene, aber im Besitz des Fabrikanten befindliche Sachen in staatliche Verstrickung nehmen lassen; aber ein Pfandrecht daran kann er nicht erwerben, weil ein einseitiger Verzicht auf ein vorbehaltloses volles Sicherungseigentum mit der Wirkung des Eigentumserwerbs des Fabrikanten nicht möglich ist. Ein derartiger Verzicht, der auf eine Rechtsübertragung hinausläuft, kann nicht einseitig vorgenommen werden, sondern erfordert rechtsgeschäftliche Uebertragung.

Hinsichtlich der Eigentumsklage wird die Stellung des Fabrikanten durch die Vornahme der Konstitutübereignung nicht verschlechtert. Hat er gegenüber dem Eigentumsherausgabeanspruch des Vorbehaltseigentümers die exceptio rei venditae et traditae nach § 986 Abs. 1 Satz 1, so kann er dieselbe Einrede auch dem Anspruch des Sicherungseigentümers entgegenhalten; denn die Abrede des Besitzkonstitutes bringt es ja mit sich, daß ein Besitzverhältnis mit Besitzberechtigung des Fabrikanten vereinbart wird. Ist diese nicht näher umgrenzt, so ergibt sich ihr Inhalt, wohl dem Parteiwillen entsprechend, aus der Regelung des EV. Gegenüber einem neuen Eigentümer, der das Vorbehalts- oder Sicherungseigentum durch Abtretung nach § 931 erworben hat, schützt die Einrede aus § 986 Abs. 2.

Schließlich sei noch erwähnt, daß durch die Konstitutübereignung der verarbeiteten Sache nichts an der Tatsache geändert wird, daß eine Erfüllung im Sinne des § 17 KO. vorliegt.

---

29) Der Verzicht auf den Vorbehalt seitens des Verkäufers kann einseitig erfolgen; einer Annahme durch den Käufer bedarf es nicht (so in grundsätzlichen Ausführungen RG. 66 S. 349). Insbesondere verzichtet der Verkäufer auf einen rechtlichen Vorteil, der lediglich zu seinen Gunsten vereinbart war. Der einseitige Verzicht tritt an Stelle der Bedingungserfüllung, so daß das Eigentum nunmehr auf den Käufer übergeht. (RGRK. zu § 397. 1; zu § 455. 4; zu § 959. 2; Enneccerus-Nipperdey S. 429/430; RG. 66 S. 349; RG. Warn. 1911 Nr. 71).

d) Kann das Konstituteigentum ähnlich dem EV. auch als **bedingtes** Eigentum angesehen werden?

Es wurde oben dargelegt, daß nach dem Gesetz durch die Verarbeitung das Eigentum des Lieferanten wie auch das Anwartschaftsrecht des Fabrikanten erlischt, und daß grundsätzlich ein volles, nicht durch Vorbehalt geschmälertes Eigentumsrecht auf den Lieferanten übertragen wird. Mag dies die bloße Wirkung des Gesetzes sein, so fragt es sich, ob nicht nach dem Willen der Parteien das neue Eigentum in seinem an der alten Sache begrenzten Umfange, also auch nur als ein „Vorbehaltseigentum" auf den Lieferanten übertragen werden soll. Es ist dies natürlich nicht als eine Ausdehnung oder Erstreckung des alten Vorbehalts, sondern als eine neu zu begründende Anwartschaft des Fabrikanten gedacht, die sich mangels einer Vereinbarung, in welchem Zeitpunkt diese Anwartschaft zum Vollrecht erwachsen soll, nach den entsprechenden Vereinbarungen für den EV. richten würde. Meistens also mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises.

In den vorliegenden Klauseln, die mit antizipiertem Konstitut arbeiten, ist eine Regelung der Dauer der Sicherungsübereignung wie auch der Art, in der das Eigentum später wieder auf den Fabrikanten übergehen soll, mit keinem Worte erwähnt.

Zunächst wird daran zu denken sein, daß für den Lieferanten die schuldrechtliche Verpflichtung besteht, mit Zahlung des Kaufpreises die Rückübertragun gdes Eigentums nach § 929 Satz 2 vorzunehmen. Das ergibt sich aus dem Inhalt des Gesamtvertrages.

M. E. darf darüber hinaus als Wille der Parteien angenommen werden, daß nach Zahlung des Kaufpreises nicht erst eine Rückübertragung vom Lieferanten auf den Fabrikanten abgewartet zu werden braucht, daß vielmehr mit Zahlung des Preises das Eigentum automatisch auf den Fabrikanten übergeht. Die Kaufpreiszahlung wäre also Bedingung für den dinglichen Rechtsübergang. Dieser Parteiwille ist umsomehr anzunehmen, als der Fabrikant zu den üblichen Verfügungen schon, ohne Eigentümer zu sein, ermächtigt ist; es dürfte daher der Parteiabsicht auch entsprechen, daß der Fabrikant mit Zahlung des Preises unbeschränkt verfügen darf, also Eigentümerstellung erlangt. In der Praxis werden die Parteien besondere Uebertragungsakte für überflüssig halten, weil sie darin rein gefühlsmäßig ein „Zuviel" sehen.

Es fragt sich nur noch, wie der Eigentumsübergang[30]), der sich sofort mit Kaufpreiszahlung vollziehen soll, zu konstruieren ist.

---

30) Es handelt sich hier um eine zweite, neben der ursprünglichen parallellaufende Eigentumsübertragung Die erste überträgt aufschiebend bedingtes Eigentum für den Fall, daß volle Zahlung noch vor der Verarbeitung erfolgt. Der zweite, hier zu konstruierende Eigentumsübergang be-

Daß die Parteien gleichzeitig mit der Uebereignung durch antizipiertes Besitzkonstitut auf den Lieferanten eine durch die Preiszahlung bedingte Rückübereignung nach § 929 Satz 2 abschließen, erscheint rechtlich gekünstelt und umständlich; das umsomehr, als diese Vereinbarung in einem Zeitpunkte getroffen wird, in dem der Stoff noch unverarbeitet an den Fabrikanten geliefert wird. Diese Rückübereignungseinigung nach § 929 Satz 2 müßte obendrein noch antizipiert vorgenommen werden[31]). Dann würden also gleichzeitig drei Eigentumsübertragungen vorgenommen! Verhältnismäßig unkompliziert und wohl auch haltbar ist dagegen die Konstruktion, daß durch das antizipierte Besitzkonstitut ein auflösend bedingtes Eigentum auf den Lieferanten übertragen sein soll, auflösend bedingt durch die Zahlung des Kaufpreises. In dem Sinne dürften die Klauseln, die eine Uebereignung der verarbeiteten Sache nach § 930 vorsehen, ausgelegt werden, wenn in ihnen nicht weitergespannte Bedingungen, wie etwa die Bezahlung sämtlicher Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung vorgeschrieben sind. Vor allem erübrigt sich damit der erneute, d. i. der dritte Abschluß einer beiderseitigen dinglichen Einigung, die praktisch wohl auch nur selten tatsächlich erklärt wird. Damit wäre wohl eine der Praxis gerechtwerdende Lösung erreicht: es entsteht ein auflösend bedingtes Eigentum für den Lieferanten, während er vor der Verarbeitung ein aufschiebend bedingtes Eigentum hatte. Immerhin wäre es im Interesse klarer Verhältnisse wünschenswert, wenn in sorgfältigen Abfassungen des EV. diese auflösende Bedingung der Sicherungsübereignung wenigstens angedeutet würde.

e) Sicherung des EV. mehrerer Stofflieferanten durch antizipiertes Konstitut.

Welche Rechtslage entsteht, wenn die Stoffe verschiedener Lieferanten zu einem einheitlichen Produkt verarbeitet werden sollen, aber alle Lieferanten sich das Eigentum vorbehalten haben und auch über die Verarbeitung hinaus sichern wollen? Das antizipierte Konstitut gibt eine große Zahl von Möglichkeiten, an dem neuen Produkt die Eigentumsverhältnisse zu regeln; diese sollen aufgezählt und auf ihre Durchführbarkeit geprüft werden.

Es kommen verschiedene Abreden vor. Die unkomplizierteste ist die Sicherung nur eines Lieferanten, indem ihm Alleineigentum an der neuen Sache übertragen wird, ohne Rücksicht auf den Wert der Arbeit, vor allem aber ohne Rücksicht auf die mitverarbeiteten Stoffe

---

zieht sich auf das Eigentum, das, durch Verarbeitung für den Fabrikanten vorzeitig entstanden, durch antizipiertes Konstitut auf den Lieferanten zurückübertragen wird, aber im Zeitpunkt der Restzahlung wieder dem Fabrikanten, und damit endgültig, zufallen soll.

31) Rechtlich an sich zulässig.

der fremden Lieferanten, die damit ihre Sicherung verlieren. Obwohl diese Regelung auf Kosten der anderen Lieferanten geht, wird sie häufig vereinbart, etwa weil der betreffende Lieferant den wichtigsten oder quantitativ größten Stoffanteil liefert. Häufig ist sie auch dort, wo außer dem Stoff des Lieferanten nur die dem Fabrikanten selbst gehörigen Stoffe mit verarbeitet werden (siehe auch Vollz. Anw. § 4). Rechtlich ist diese Regelung trotz der Benachteiligung der anderen Lieferanten und der entstehenden „Zuviel"-Sicherung des Lieferanten nicht zu beanstanden.

Eine Regelung, die allen Lieferanten eine Sicherung gewährt, ist die Uebertragung von Bruchteilseigentum auf die Beteiligten. Es entsteht damit eine Eigentumsgemeinschaft der verschiedenen, einander meist unbekannten Lieferanten. (Die durch diese Gemeinschaft entstehenden Rechte und Pflichten der Gemeinschafter, der Lieferanten, sind später zu erwähnen). Die Abrede von Bruchteilseigentum kommt in zwei Formen vor. Entweder wird ein rein zahlenmäßig festgelegter Eigentumsanteil für den Lieferanten vereinbart, also etwa ¼-, 1/3-Eigentum; ich möchte diese Art als festes oder bestimmtes Bruchteilseigentum bezeichnen. Oder der Eigentumsanteil bestimmt sich nach dem Werte des zur Verwendung gelangenden Stoffes eines jeden Lieferanten.

Rechtlich einfacher ist die erste Art, ein festes Bruchteilseigentum mit den beteiligten Lieferanten zu vereinbaren. Das hat den Vorzug, daß von vornherein bei der antizipierten dinglichen Einigung der Umfang des Eigentumsanteils eines jeden Lieferanten feststeht, und sogleich klare Eigentumsverhältnisse geschaffen werden. Auf der anderen Seite entsteht derselbe Nachteil wie bei der Regelung, daß kurzerhand für nur einen einzigen Lieferanten Alleineigentum durch Konstitut begründet wird: Da die zur gemeinsamen Verarbeitung gelangenden Stoffe nach ihrem Wertanteil bei Abschluß der antizipierten Einigung zumeist nicht feststehen können (die Stoffanteile sind nicht nur zahlenmäßig, sondern auch qualitätsmäßig in ein Verhältnis zu bringen), so wird die Abrede eines festen Bruchteilseigentums niemals dem in Wirklichkeit zur Mitverarbeitung kommenden Stoffwertanteile ganz entsprechen können; es ist immer nur eine annähernde Anpassung möglich, und auch diese nur in solchen Fällen praktisch denkbar, wo nicht durch allzuviele Verarbeitungs- und Vermischungsprozesse eine unübersehbare Zahl von Anteilen und Splittern herauskommt. Trotzdem ist in einfacheren Verarbeitungsfällen die Uebertragung eines festen Eigentumsanteils wegen ihrer Klarheit die sicherste Eigentumsregelung für den Lieferanten, wenn dieser auch Gefahr läuft, durch einen zu knapp bemessenen Bruchteil gegenüber anderen Lieferanten benachteiligt zu sein. (Eine nur geringe Benachteiligung könnte durch den Arbeitsmehrwert des Produktes ausgeglichen werden). Nicht zu entbehren ist diese Art der

Sicherung in Sachlagen, die, wie wir anschließend sehen werden, durch die andere Art der Bruchteilssicherung nicht geregelt werden können. Formularmäßig kommt die Abrede eines festen Eigentumsanteils für die verschiedenen Lieferanten nicht vor, da sich die Bestimmung eines ½-, ¼- usw. -Anteils je nach Lage des Einzelfalles richtet und eine allgemeine Anwendung nicht zuläßt.

Häufiger geschieht die Uebertragung von Bruchteilseigentum auf den Lieferanten nach dem W e r t verhältnis der verarbeiteten Stoffe. Sie erspart dem Fabrikanten die Mühe, schon bei Abschluß der antizipierten Einigung eine ungefähre Berechnung des betreffenden Stoffanteils am Produkt bereit zu haben, die ja für die Abrede t e s t e n Bruchteilseigentums unerläßlich ist. Insofern ist die Abrede eines Stoffwertanteils in der Praxis beliebter (Spiegel S. 38; Melchior in BankA. 1920 S. 57; Grünebaum in DJZ. 1920 S. 584; Geiler in JW. 1921 S. 546; Lion-Levy in Deutsche Kürschnerzeitschrift 1931 S. 712; §§ 4, 8, 9 der Vollz. Anw.; Regelung in § 947 Abs. 1 über Verbindung); sie zeigt sich in Vorbehaltsklauseln in der Wendung, daß „der Verkäufer Eigentümer bezw. M i t eigentümer der neuen Sache werde" oder daß „der Verkäufer bei Verarbeitung oder Vermischung mit fremden Sachen ein Miteigentum gemäß § 947/948 BGB. erwerbe".

Hier können Zweifel entstehen, ob die zum antizipierten Besitzkonstitut erforderte Bestimmtheit schon im Zeitpunkt der vorweggenommenen Einigung vorhanden ist. Doch ist zu unterscheiden: Bestimmtheit wurde beim antizipierten Besitzkonstitut verlangt bezüglich des körperlichen Gegenstandes, auf den sich die Einigung beziehen sollte. Also das Sachobjekt sollte konkretisiert sein. Dieses Erfordernis ist aber hier erfüllt, die neu zu schaffende Sache, die durch antizipiertes Besitzkonstitut auf die mehreren Lieferanten übertragen werden soll, ist genügend konkretisiert durch den Geschäftszweig des Fabrikanten, durch seine Anlagen und Produktionsvorrichtungen, durch Angabe des herzustellenden Fabrikates und der zur Verwendung gelangenden Rohstoffe. Diese Bestimmtheit wird nicht dadurch erschüttert, daß einer oder mehrere Lieferanten die nötigen Rohstoffe liefern und an der neuen Sache sich durch noch nicht festliegendes Bruchteilseigentum sichern wollen. Der Sachkörper, der sachliche Gegenstand des dinglichen Rechtsgeschäfts ist feststehend und bestimmt.

Anders steht es mit der Bestimmtheit des dinglichen R e c h t e s selbst, das durch die antizipierte Einigung begründet werden soll. Der Eigentumsanteil, also der Umfang des Rechtes, das entstehen soll, ist im Zeitpunkt der antizipierten Einigung noch nicht fest bestimmt, er soll sich nach dem Wertverhältnis der mitverarbeiteten Stoffe, einem erst später zu errechnenden Zahlenverhältnis richten.

Bei Abschluß der antizipierten Einigung steht also der Umfang des Rechts, das für den Lieferanten entstehen soll, noch keineswegs fest.

Es fragt sich, ob man hier dieselben Erfordernisse aufstellen muß wie für den Sachgegenstand, über den die dingliche Einigung abgeschlossen wird. Das hätte aber zur Folge, daß die Abrede eines erst später zu bestimmenden Stoffwertanteils mangels sofortiger Bestimmtheit nichtig wäre.

Doch sind für die Bestimmtheit des Rechtes und seines Umfanges m. E. die Grenzen nicht so eng zu ziehen. Zwar ist die sofortige Bestimmtheit der körperlichen Sache auch hier nicht zu entbehren, da sonst die Einigung, wie schon betont, von vornherein gegenstandslos wäre. Andere Regeln müssen aber da gelten, wo es sich um den inhaltlichen Umfang des zu begründenden Rechts, also um das Recht selbst handelt. Hier wird man nicht von vornherein eine genaue Abmachung über den Umfang des Rechtes zu verlangen haben, wenn es nur seiner Art nach, also ob Eigentums-, Nießbrauchs- oder Pfandrecht usw., feststeht. Auf eines aber kann auch hier nicht verzichtet werden. Zumindest später, und zwar im Augenblick der dem Konstitut entsprechenden sog. Ausführungshandlung durch den Fabrikanten, d. h. dem Zeitpunkt des endgültigen Rechtsüberganges, muß auch der Umfang des Rechtes selbst, seine Reichweite, seine eventuelle quotenmäßige Beschränkung, feststehen; denn es erscheint ausgeschlossen, daß auf eine andere Person ein Recht übergeht, dessen Inhalt und Umfang im Zeitpunkt des Ueberganges nicht genau umgrenzt ist. Zur Wirksamkeit der Abrede, der Lieferant solle nach dem Verhältnis seines beim Produkt mit verwendeten Stoffes anteiliges Eigentum erhalten, müßten demnach folgende Voraussetzungen gegeben sein:

1. Die Parteien müssen einverstanden sein über die Art des zu begründenden Rechts sowie darüber, daß eine spätere, meist vom Fabrikanten vorgenommene Anteilsberechnung für den Rechtsumfang bestimmend sein soll.
2. Es muß schon bei der antipizierten Einigung wenigstens die Möglichkeit einer späteren Anteilsbestimmung, seine „Bestimmbarkeit", feststehen.
3. Die Bestimmung der verarbeiteten Stoffanteile muß spätestens im Zeitpunkt der Ausführungshandlung, das ist des Eigentumsüberganges, erfolgen; denn der Uebergang eines Rechtes setzt naturnotwendig voraus, daß es nach Wesen und Umfang bestimmt ist.

In diesem Rahmen dürfte eine rechtlich nicht allzu ungenaue und oberflächliche Regelung der Miteigentumsverhältnisse mehrerer Lieferanten zulässig sein. Bemerkenswert ist die Elastizität und Anpassungsfähigkeit dieser rechtlichen Möglichkeit für die Parteien, mittels antizipierten Besitzkonstituts die Lieferanten entsprechend

ihrem Rohstoffanteil am Produkt zu sichern, evtl. durch Vereinbarung auch abweichende Eigentumsregelungen zu treffen; das ist ein besonderer Vorzug des antizipierten Besitzkonstituts. Von einem „Untergang" des EV. kann also trotz § 950 tatsächlich nicht gesprochen werden, vielmehr sind die durch Konstitut entstehenden Sicherungsmöglichkeiten fast noch weitergehend, sie gewähren einen größeren Spielraum für die Parteivereinbarung als der ursprüngliche EV. selbst.

Doch gibt es praktisch Fälle, die sich durch eine Eigentumsregelung nach Stoffwertbeteiligung nicht erfassen lassen, da eines der oben aufgestellten Erfordernisse unerfüllbar ist. Die typischsten seien hier dargestellt.

Mit Rücksicht auf die Voraussetzung zu 2 muß die Möglichkeit bestehen, an dem neugeschaffenen Fabrikat die Herkunft der verarbeiteten Rohstoffe, die „Bezugsquellen" festzustellen. Das wird dann keine Schwierigkeiten bereiten, wenn es sich um Rohstoffe verschiedener Art handelt und die Verarbeitung nicht gerade eine Vermischung in sich schließt. Trifft letzteres zu, so wird bei Herstellung aus verschiedenartigen Rohstoffen eine Bestimmbarkeit trotzdem noch angenommen werden können, wenn sich aus der Buchführung, insbesondere den Preiskalkulationen des Fabrikanten (so Spiegel S. 175) die zur Verwendung gelangten Materialien entnehmen lassen. Doch wird diese Möglichkeit einer Bestimmbarkeit da versagen, wo sich die Materialien der verschiedenen Lieferanten nicht deutlich voneinander unterscheiden, insbesondere, wo gleichartige Stoffe aus verschiedenen Bezugsquellen zur Verwendung gelangen. So in dem weiter oben angeführten Beispiel aus der Eisenindustrie. Es ist wohl nicht anzunehmen, daß bei gleichartigen Rohstoffen deren verschiedene Herkunft aus den Preisberechnungen ersichtlich ist, auch wird hier eine nach Bezugsquellen gesonderte Lagerung (Fränkel DJZ. 1922 S. 415) kaum jemals erfolgen. Damit ist aber die Möglichkeit einer späteren Bestimmung der Stoffanteile entfallen. Bei Gleichartigkeit der Stoffe ist sogar denkbar, daß an einzelnen Fabrikaten der Stoff des einen oder anderen Lieferanten nicht mit zur Verwendung gelangte. Hier ist also mangels Bestimmbarkeit die Abrede des Stoffwert-Eigentumsanteils nichtig. Hier bleibt nur die Möglichkeit, daß von vornherein ein fester Bruchteil durch antizipiertes Konstitut auf den Lieferanten übergehen soll.

Bei den bisherigen Beispielen war stets die Fabrikation vieler gleichartiger Produkte, Gattungssachen, die „serienweise" hergestellt werden, vorausgesetzt. Es darf aber nicht der Fall unerörtert bleiben, wie es ist, wenn etwa in kleineren Betriebseinheiten nur Einzelsachen verschiedenster Stoffzusammensetzung, Spezialartikel nach Wunsch und Angabe jedes einzelnen Bestellers verschieden, angefertigt werden. Es sei verwiesen auf die Maßschneiderei, der ver-

schiedenste Tuche und Futterstoffe von ihren Lieferanten unter EV. geliefert werden. Oder auf das Kürschnergewerbe, wo Felle und Pelze verschiedenster Art, dazu Tuche, Pelzfutter, Seide usw. in einem Produkt zur Verarbeitung gelangen, dabei jede einzeln hergestellte Ware je nach Wunsch und Geschmack des Bestellers verschieden zusammengesetzt ist (dieses Beispiel bei Lion-Levy in Deutsche Kürschnerzeitschrift 1931 S. 712). Haben hier die verschiedenen Lieferanten Eigentum nach dem Wertverhältnis der Stoffe sich sichern wollen, so wird theoretisch wohl die Möglichkeit bestehen, eine genaue Bestimmung bei den einzelnen Fabrikaten vorzunehmen. Praktisch dürfte das aber schwerlich bei jedem einzelnen Fabrikat eines größeren Lagers durchgeführt werden können. Da diese Tatsache aber weder dem Lieferanten noch dem Verarbeiter unbekannt ist, so liegt es fast nahe, die Anwendung des § 118 in Erwägung zu ziehen; denn die Abrede stoffwertmäßigen Anteils scheint von beiden Parteien kaum ernsthaft gewollt zu sein[32]). Auch hier könnte nur die Vereinbarung eines f e s t e n Bruchteils, an allen Einzelfabrikaten gleichmäßig und ohne Ansehen der Stoffbeteiligung im einzelnen Falle bestimmt, helfen. Jedenfalls ist diese Regelung einem gänzlich ungesicherten Zustande vorzuziehen.

Hin und wieder wird die nicht unberechtigte Forderung erhoben, im Falle der Kombinierung von EV. und antizipierten Besitzkonstitut müsse auch der Fabrikant Miteigentum an der neuen Sache entsprechend seinem Arbeitsbeitrag erhalten (so Fränkel DJZ. 1922 S. 415; Geiler Vhdl. S. 201). Hier fehlt es m. E. an einem zuverlässigen Maßstab, ein Wertverhältnis von Stoff und Arbeit am Fabrikat zu berechnen. Soll man den Produktionswert der Arbeit oder den Verkaufswert des Gesamtproduktes zugrundelegen? Auch diese Maßstäbe sind nur relativ und geben zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß. Es ermangelt also das Erfordernis zu 2, die Bestimmbarkeit des Wertverhältnisses, und damit das Erfordernis zu 3, da der Fabrikant bei der zur Durchführung des antizipierten Konstituts notwendigen Ausführungshandlung eine positive Wertverhältnisbestimmung mangels geeigneter Berechnungsgrundlagen nie treffen wird. Auch hier bliebe nur die Vereinbarung festen Bruchteilseigentums zwischen Lieferant und Fabrikant bezügl. der Arbeitsbeteiligung rechtlich möglich.

Fränkel DJZ. 1922 S. 415 will de lege ferenda für den Fabrikanten ein Miteigentum entstehen lassen nach dem jeweiligen Wertverhält-

---

32) Es geht wohl nicht zu weit, in solchem Falle v o n v o r n h e r e i n Nichtigkeit nach § 118 eintreten zu lassen und nicht erst abzuwarten, daß die Uebereignung mangels tasächlicher Durchführung nicht erfolgt; denn in Praxis denkt ja doch keine der Parteien auch nur irgendwie an diese Durchführung.

nis zwischen Stoff und Arbeit. Dieses wäre also während der Verarbeitung ständig schwankend, soll aber jeder Zeit bestimmt werden können. Diese Regelung ist mit den Grundsätzen einer Rechtsübertragung, besonders dem Erfordernis zu 3, nicht vereinbar, da, wie hervorgehoben, ein zu übertragendes Recht spätestens im Zeitpunkt des Ueberganges seinem Inhalt und Umfang nach bestimmt sein muß. Ein derartig „variables" Eigentum dürfte auch de lege ferenda nicht zu befürworten sein. (So auch Wolff S. 227 Anm. 5, ohne nähere Begründung).

Kurz eingegangen sei auf eine Beteiligung der Arbeit am Produkt, die durch eine teilweise Freigabe der durch Konstitut übereigneten Sache erfolgen soll (Geiler Vhdl. S. 201; eigentlich nicht hierhin gehörend, weil damit kein Bruchteilseigentum zur Diskussion steht). Das ist insofern nicht möglich, als bei Abrede des antizipierten Konstituts eine Konkretisierung, welche Stücke von den Fabrikaten nicht auf den Lieferanten übergehen sollen oder, anders konstruiert, nach Gesamtübergang wieder freigegeben werden sollen (antizipierte Einigung nach § 929 Satz 2), ausgeschlossen ist. Es fehlt an der Bestimmtheit des Sachgegenstandes. Aufrechtzuerhalten wäre eine derartige Vereinbarung als schuldrechtliche Verpflichtung für den Lieferanten, nach § 929 Satz 2 in Verbindung mit § 181 die dingliche Rückübertragung zu bewirken[33]).

Soll durch antizipiertes Konstitut für mehrere Stofflieferanten eine Sicherung geschaffen werden, so ist es denkbar, daß die verschiedenen Abmachungen des Fabrikanten mit den einzelnen Lieferanten bezügl. der Eigentumsanteile an einem Produkt miteinander nicht in Einklang zu bringen sind.

Wird mit allen Stofflieferanten ein Eigentumsanteil nach dem W e r t verhältnis des verwendeten Stoffes vereinbart, so entstehen keine Schwierigkeiten.

Anders wenn f e s t e Eigentumsanteile den einzelnen Lieferanten antizipiert übertragen werden sollen. Hier kann ein Fabrikant unvorsichtigerweise auf die verschiedenen Lieferanten mehr Bruchteile antizipiert übertragen, als ihm an dem betreffenden Produkt überhaupt zur Verfügung stehen. Beispielsweise wird für vier Lieferanten je 1/3 Eigentumsanteil versprochen. Zunächst sind die einzelnen antizipierten Einigungen trotzdem für wirksam zu halten. Es kommt lediglich darauf an, daß der Fabrikant im Zeitpunkt des Erwerbs der neuen Sache noch den Uebereignungswillen hat. Die dann erfolgende Ausführungshandlung müßte also erkennen lassen, w e m der Fabrikant die drei zur Verfügung stehenden Eigentumsdrittel

33) Diese Uebereignung durch den Lieferanten würde dann in Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung vorgenommen werden, also im Sinne des § 181 wirksam sein.

übertragen will[34]). Bezgl. des vierten Lieferanten fehlt es dann eben an der im maßgebenden Augenblick „noch fortdauernden dinglichen Einigung", die ja Erfordernis beim antizipierten Konstitut ist; er geht leer aus.

Nimmt aber der Fabrikant die Ausführungshandlung vor, ohne dabei erkennen zu lassen, auf welche Lieferanten er das Eigentum übertragen will, für welche er den Besitz vermitteln will, so fehlt es im entscheidenden Augenblicke an einer kongruenten Einigung, die Erklärungen decken sich nicht, es ist Dissens anzunehmen. Danach wäre der Fabrikant Eigentümer geblieben. Man wird aber wohl annehmen können, daß die antizipierten Einigungen aufrechterhalten werden können, indem jedem Lieferanten ein Viertel statt ein Drittel Eigentumsanteil übertragen wird. (Parallele zu § 2090!) Der Parteiwille kann dahin verstanden werden, daß die Lieferanten sich lieber mit einem Viertel Eigentumsanteil begnügen, als daß sie garnichts erhalten.

Entsprechendes ist anzunehmen, wenn an einem Produkt teils feste Eigentumsbruchteile, teils Eigentumsanteile nach dem Verhältnis der verwendeten Stoffe kollidieren. Auch hier ist zunächst der erkennbare Wille des Fabrikanten, der zugunsten einzelner Lieferanten eine wirksame, noch fortdauernde Einigung bestätigen kann, entscheidend. Erfolgt dagegen eine Ausführungshandlung, ohne daß sie eine genauere Willensrichtung erkennen läßt, so wird man hier zwecks Vermeidung der Rechtsfolgen des Dissenses annehmen müssen, daß alle Beteiligten mit einer Eigentumsregelung nach Stoffwertanteilen als der billigsten Lösung einverstanden sind. Falls diese sich nicht berechnen lassen, wäre auf die Regelung in § 742 (gleiche Anteile) zurückzugreifen.

Daß ein Fabrikant so widersprechende Vereinbarungen überhaupt treffen kann, wird verständlich, wenn man an die diktatorische Abfassung der Vorbehaltsklauseln mit ihren verschiedenartigen Regelungen denkt. Der Fabrikant, der überhaupt Lieferung verlangen will, ist häufig geradezu gezwungen, die Lieferungsbedingungen unbesehen ihrer verschiedenen Regelung anzunehmen. Andererseits zeigt sich eine Schwäche dieser diktatähnlichen Eigentumsregelungen durch Konstitut darin., daß es im Zeitpunkt der Ausführungshandlung ja allein auf den erkennbaren Willen des Fabrikanten ankommt.

---

34) Das bedeutet eine rechtsähnliche Verwendung des in § 933 enthaltenen Gedankens. Zwar „gehört hier die nach § 930 veräußerte Sache n a c h der Verarbeitung dem Veräußerer"; doch hat der Fabrikant durch antipiziertes Konstitut mehr Bruchteile der Sache übertragen, als daran überhaupt existieren; und das in einem Zeitpunkt, in dem er noch gar kein Eigentum an der Sache erworben hat.

Geiler JW. 1921 S. 546 spricht von einer Vereinbarung aller Beteiligten, also auch der Lieferanten, untereinander. Praktisch dürfte es doch meist so sein, daß die Lieferanten zueinander in keine Beziehung treten, sondern nur mit dem Fabrikanten, ein jeder für sich, ihre Abmachungen treffen.

Für die verschiedenen Lieferanten entsteht bei Kombinierung von EV. und Uebertragung von Eigentumsanteilen eine Gemeinschaft. Gemeinsame Regelungen betreffs der gemeinschaftlichen Sache werden wohl von diesen Gemeinschaftern nicht getroffen. Vielmehr ist die Verwaltung und Verfügung über die gemeinschaftliche Sache dem Fabrikanten innerhalb der üblichen Grenzen überlassen. Die Ansprüche und Verfügungsrechte der Gemeinschafter ergeben sich aus den §§ 747, 1001 sowie 1011 in Verbindung mit § 432.

§ 10. Aufrechterhaltung des EV. durch die Vereinbarung, daß der Fabrikant die neue Sache „für" den Lieferanten als den eigentlichen Hersteller herstellt.

Insbesondere Vereinbarung eines Dienstvertrages zwischen Lieferant und Fabrikant.

In dem soeben besprochenen Falle, daß der Lieferant sich auch über die Verarbeitung hinaus eine Sicherung an der Sache verschaffen wollte, war es unvermeidlich, daß für eine Zeitspanne sein Eigentum durch den Erwerb des Fabrikanten unterbrochen wurde. Häufig aber wird es sein Bestreben sein, in keinem Augenblick ungesichert zu bleiben, sondern durch die Verarbeitung wieder unmittelbar Eigentum zu erhalten. Um diesem Bedürfnis Rechnung zu tragen, haben Rechtsprechung und viele Stimmen des Schrifttums es für zulässig erklärt, daß zwischen Lieferant und Fabrikant eine Art Arbeitsverhältnis vereinbart werden könne; danach solle der Fabrikant gleichsam als Gehilfe für den Lieferanten die Verarbeitung vornehmen, so daß als „Hersteller" im Sinne des § 950 nicht mehr der Fabrikant, sondern nunmehr der Lieferant angesehen werden müsse. Diese Hilfskonstruktion, die nicht einen Ausschluß des § 950 bedeutet, sondern gerade seine Anwendung beanspruchen will, gibt der Wirkung des § 950 insofern eine seinem ursprünglichen Gedanken umgekehrte Richtung, als in diesem Fall nicht der Arbeiter, sondern der Stoffeigentümer Eigentum erlangt; und das mit Hilfe ebendesselben § 950, der doch die produktive Arbeit bevorzugen sollte!

Man geht von dem zu billigenden Gedanken aus, daß doch nicht immer derjenige, der bei Umbildung einer Sache durch eine körperliche Tätigkeit beteiligt ist, deswegen als Hersteller angesehen werden könne. Auf der anderen Seite müsse als Hersteller eines Pro-

duktes unter bestimmten Voraussetzungen der Arbeitsherr gelten, auch wenn er nicht selbst mit Hand anlege. Ueber eine derartige Auffassung des Begriffes Hersteller im Interesse vernünftiger wirtschaftlicher Ergebnisse herrscht Einigkeit. Das Gegenteil würde in der Praxis zu unannehmbaren Folgerungen führen: nicht der Fabrikherr, sondern die Arbeiter würden Eigentümer der Fabrikate, sie müßten durch besonderen Uebertragungsakt den Fabrikherrn zum Eigentümer machen; ähnlich wäre es dann im Verhältnis zwischen Handwerksmeister und Gesellen. In Fabrikbetrieben käme noch hinzu, daß ein Arbeiter allein keinen so großen Beitrag zur Produktionsentwicklung schafft, daß eine neue Sache entsteht, vielmehr nur eine Mehrheit von Arbeitern. Sollte dann Miteigentum sämtlicher Arbeiter entstehen? Mit einer maßvollen Modifizierung des Wortes „Hersteller" befolgt man also ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft.

Diese Rechtswirkungen der „Gehilfenschaft" zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer will man sich zunutze machen und auf das Verhältnis zwischen Lieferant und Fabrikant übertragen, um mit eben demselben Mittel den Eigentumserwerb des Lieferanten zu erreichen. Da hier aber weder wirtschaftliche Gebote der Vernunft noch die Lebensauffassung ein gegenseitiges Arbeitsverhältnis annehmen lassen, so glaubt man über diesen Mangel im Wege einer gegenseitigen Vereinbarung, es „solle" der Fabrikant als Gehilfe des Lieferanten „für" diesen die Verarbeitung vornehmen, hinwegkommen zu können.

Zu diesem Ziele werden zwei Möglichkeiten vorgeschlagen, die Abrede eines Dienst- oder Gehilfenverhältnisses zwischen Lieferant und Fabrikant, oder die Vereinbarung eines Werkvertrages.

Schon nach dem BGB. sind die rechtlichen Verhältnisse beim Dienstvertrag grundverschieden von denen des Werkvertrages, und auch nach der Lebensanschauung, im Wirtschaftsleben zeigen sich Gegensätze zwischen beiden Vertragsverhältnissen und der rechtlichen und wirtschaftlichen Stellung der daran Beteiligten. Das kommt auch zum Ausdruck bei der Frage, wie § 950 beim Dienstvertrag anzuwenden sei, und ob er ebenso, anderenfalls in welcher Weise, beim Werkvertrag angewendet werden müsse; beim Dienstvertrag darf man es als unstreitig hinstellen, daß § 950 in der Person des Dienstberechtigten wirksam werde, während beim Werkvertrag sehr umstritten ist, ob der Besteller oder Unternehmer „Hersteller" im Sinne des § 950 sei. Der Dienstvertrag ist jedenfalls als der typische Fall für die Modifizierung des Wortes „Hersteller" anzusehen, bei ihm lag der Ausgangspunkt für diese Konstruktion.

Wollen wir nunmehr untersuchen, wieweit es rechtlich zulässig ist, durch Vereinbarung ein Arbeitsverhältnis zwischen Lieferant und Fabrikant zu begründen und dadurch den Lieferanten als Hersteller zu qualifizieren, und wollen wir zu diesem Zwecke nach den

Grundlagen und Voraussetzungen suchen, wann jemand als Hersteller im Sinne des § 950 betrachtet werden dürfe, so werden wir also beim Dienstvertrage und nicht beim Werkvertrage anzusetzen haben.

a) Die verschiedenen Begründungen im Schrifttum, daß nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitsherr „Hersteller" des Arbeitsproduktes ist.

Warum sollen also beim Dienstvertrage, in der Fabrik der Fabrikherr, im Handwerk der Meister, nicht aber die Arbeiter, Gesellen und Gehilfen die Hersteller des Produktes sein und sonach Eigentümer der neuen Sache werden? Um eine Erklärung und Fassung dieser Tatsache haben sich zahllose Schriftsteller und Entscheidungen bemüht; denn damit wird an die grundlegende Frage gerührt: Kann ein Stofflieferant kraft Vertrages zum Hersteller des von einem selbständigen Fabrikanten hergestellten Produktes erklärt werden?

Ausgangspunkt für alle ist die Zerlegung des Begriffes „Hersteller" in zwei Teile, Personenklassen, die sich dahin ergänzen, daß nicht beide als Hersteller mit den Rechtswirkungen des Gesetzes angesehen werden sollen, diese Wirkungen des § 950 vielmehr nur der einen zugute kommen; diese wird damit also der „eigentliche" Hersteller, während die andere Person, die bei der Herstellung auch beteiligt ist, und zwar am augenscheinlichsten, sinnfälligsten durch ihre körperliche Arbeit, wegen ihrer nur tatsächlichen, physischen Beteiligung an der Herstellung zurückgedrängt wird und sich mit einer „Gehilfenstellung" begnügen muß.

An eine derartige Auslegung des Begriffes hat schon der Gesetzgeber gedacht; er hat sie aber, da selbstverständlich, nicht erwähnt, wie sich aus den Protokollen S. 243 ergibt. Die in Rechtsprechung und Schrifttum am häufigsten wiederkehrende Wendung für die Bezeichnung der genannten Tatsache ist, „daß jemand die Verarbeitung nicht „für" sich selbst, sondern „für" einen anderen vorgenommen habe und daher dieser andere als „Hersteller" im Sinne des § 950 anzusehen sei"[35]). Im Schrifttum finden wir vielfach auch die Anwendung der Ausdrücke „Gehilfenschaft", „Hilfsperson".

Bei einem Eingehen auf das Verhältnis zwischen Gehilfen und eigentlichem Hersteller gehen die Ansichten darüber auseinander, ob der Gehilfe sich in unselbständiger Stellung, in einem Abhängigkeitsverhältnis befinden müsse. Das sei an einigen Beispielen gezeigt.

---

35) OLG. Hamburg in Seuff. A. 58 S. 102; RGSt. 37 S. 330; KG. in OLG. 26 S. 60; RG. in Seuff. A. 69 S. 201; OLG. Hamburg in Seuff. A. 71 S. 448; KG. in Bl. f. Rpfl. 1927 S. 45.

Nach Biermann zu § 950. 1 f. erwirbt der Spezifikant das Eigentum für einen anderen, wenn er zu diesem in einem „Verhältnis der Abhängigkeit steht und innerhalb dieses Verhältnisses" die Spezifikation vornimmt.

Schliewen im RGRK. zu § 950. 5 läßt den Geschäftsinhaber wie den Privaten als Hersteller gelten, wenn er durch einen anderen „Unselbständigen" die Sache herstellen läßt.

Schon freier Staud. Kober zu § 950. 5 b α, wonach Hersteller ist, wer bei der Ausführung (ganz allgemein) „fremde Hilfe in Anspruch nimmt".

Planck-Brodmann zu § 950. 1 c erklärt deutlich, daß es auf die soziale Stellung des Arbeitenden nicht ankomme, „jedermann" könne seine Arbeit in den unmittelbaren Dienst eines anderen stellen.

Cosack S. 174/175 erklärt zunächst, daß der „abhängige" Arbeiter seinem Dienstherrn das Eigentum verschaffe, fährt dann aber fort, daß der „selbständige Unternehmer", wenigstens dann, wenn er fremden Stoff verarbeitet, nicht für sich Eigentum erwirbt.

Nach Rühl S. 132 soll, wenn der Verarbeitende objektiv die Spezifikation unmittelbar für einen anderen vornimmt, so daß er als dessen Hilfsperson handelt, der andere Eigentümer werden. Denn „diese Formulierung ermögliche eine einheitliche Lösung der Frage des Eigentumserwerbs für alle Fälle der Spezifikation, auch wenn diese von einem selbständigen Verarbeiter vorgenommen werde." (Offensichtlich hat Rühl bewußt nach einer derartigen „Formulierung" und Lösung gesucht). Rühl erklärt S. 136, „maßgebend sei nur, ob der Werkunternehmer (also ein selbständiger Verarbeiter) als Gehilfe eines anderen anzusehen ist. Damit man von einer Hilfsperson sprechen könne, müsse diese ihre Arbeitskraft in den Dienst des anderen gestellt haben".

Wie Rühl sind im Ergebnis auch die meisten genannten Entscheidungen. Die Ansicht, ob Selbständigkeit vorliegen müsse oder nicht, ist also in allen Schattierungen vertreten. Die beispielsweise angeführten Vertreter des Schrifttums zeigen eine stufenweise Ausweitung des Begriffes „Hilfsperson", indem möglichst unauffällig, aber wohl bewußt, von Definition zu Definition gegangen wird, um schließlich dem unselbständigen Gehilfen den selbständigen Verarbeiter an die Seite zu stellen. In der Rechtsprechung ist diese Entwicklung so gut wie beendet; es fehlt dort aber bisher an einer klaren, ausgesprochenen Begründung.

Es sei noch ein weiterer kurzer Ueberblick im folgenden gegegeben. Eine Anzahl von Schriftstellern[36]) erklärt unter folgender Bezeichnung eine Gehilfenschaft für zulässig: unter Anlehnung an Begriffe der Vertretung; trotzdem wird von ihnen nicht ver-

36) Seite 89.

kannt, daß es sich bei der „Herstellung" um eine Tathandlung und nicht um ein Rechtsgeschäft handelt. M. E. liegt hier lediglich eine andere Wortfassung und Bezeichnung für die gleiche Sachlage vor, daß nämlich der Gehilfe für den Arbeitsherrn erwirbt. So kann nach Siméon-David S. 90 die Verarbeitung „im Namen eines anderen" geschehen. Kohler S. 211 sagt sogar, „Vertretung" sei zulässig, ohne daß er sich über die Realaktsnatur der Verarbeitung täuscht. Aehnlicht sagt Tasche S. 63, wenn bei rechtsgeschäftlicher Vertretung eine Erklärungsvertretung vorliege, so könne man bei fremdwirkender Spezifikation als einer Tathandlung von Tatvertretung reden. Rümelin in Arch. Civ. Pr. 93 S. 131 ff. behandelt die Spezifikation unter dem Titel „Das Handeln in fremdem Namen im BGB." und läßt in diesem Sinne S. 283 einen Spezifikationserwerb durch Vermittlung eines anderen zu. Doch sagt er selbst S. 292, man dürfe hier das „Handeln im Namen eines anderen" nicht in technischem Sinne verstehen.

Einen Schritt weiter gehen die, welche die Verarbeitung in Erfüllung eines Vertrages vorgenommen und darum als echtes Rechtsgeschäft aufgefaßt wissen wollen; sie halten dementsprechend die Stellvertretung §§ 164 ff. für anwendbar (RG. St. 37 S. 330; Staud. Kober § 950. 5 b β). Bereits weiter oben S. 42/43 ist dieser Konstruktion entgegengetreten worden.

Krückmann setzt sich unter dem Begriff der „Rechtsausübung" mit der Spezifikation unter Mithilfe anderer auseinander (Jh. J. 65 S. 230). Als Einwirkung auf eine Sache sei die Verarbeitung Rechtsausübung an der Sache; auch durch Dritte könne man dieses Recht ausüben.

Isay S. 300 bringt die Verarbeitung als Unterart der „Geschäftsführung", und zwar einer solchen, die entgegen dem sonstigen Grundsatz der Geschäftsführung unmittelbar, d. h. ohne besondere Uebertragung, sachenrechtliche Wirkungen für den Geschäftsherrn erzeuge.

Zum Schlusse seien einige Schriftsteller genannt, deren Darlegungen über das Verhältnis Hersteller und Gehilfe auf Beobachtungen beim arbeitsrechtlichen Vertrag fußen. Sie betonen mehr oder weniger eine Abhängigkeit des Arbeiters und bringen einen neuen, modernen Gesichtspunkt für den Begriff des Herstellers: das Unternehmen, den Betrieb. Am weitesten geht wohl Herz S. 19/20, 28/29, der im Arbeitsvertrag ein rein soziales Verhältnis sieht, ein personenrechtliches Herrschaftsverhältnis, das für den Arbeitnehmer eine Minderung der freien Rechtspersönlichkeit, einen teilweisen Verlust der Vermögensrechtsfähigkeit zur Folge habe. Der Arbeiter ist „Diener eines objektiven, wirtschaftlichen Verfahrens, des Betriebes". (S. 34).

Oertmann im Arbeitsvertragsrecht S. 11 Anm. 1 betont die Ab-

hängigkeit des Arbeitnehmers als unselbständigen Gliedes. Der Angestellte erwerbe als Glied des Unternehmens für den Unternehmer (S. 139/140).

Aehnlich Riezler (in Molitor-Hueck-Riezler S. 236), der allerdings zu einer etwas unglücklichen Konstruktion greift, indem er in den Abschluß des schuldrechtlichen Arbeitsvertrages zugleich eine dingliche Einigung interpretieren will, die den unmittelbaren Erwerb des Arbeitsherrn zur Folge habe. Er übersieht, daß der Arbeitnehmer als Nichteigentümer noch gar nicht verfügen kann, also allenfalls eine antizipierte Einigung vornehmen könnte, die aber seinen vorherigen Erwerb voraussetzt und den Arbeitsherrn erst mittelbar Eigentümer werden ließe.

Brodmann in Jh. J. S. 133/134 läßt, in schroffstem Gegensatz zu Rühl, eine Selbstanfertigung durch die Arbeit anderer nur zu, wo diese anderen „in unselbständiger Einordnung in die wirtschaftlich geschlossene und einheitliche Machtsphäre des leitenden Individuums arbeiten".

Damit sei diese Uebersicht abgeschlossen. Sie zeigt zunächst die allen gemeinsame Auffassung, daß nicht der die Arbeit tatsächlich Ausführende auf Grund dieser Tatsache allein als „Hersteller" im Sinne des § 950 angesehen werden könne; Hersteller soll vielmehr der Arbeitsherr sein.

Streit entsteht da, wo nach den Grenzen zwischen Selbständigkeit und Unselbständigkeit gesucht wird, eine Frage, die z. B. besonders umstritten beim Heimarbeiter ist. Größer noch ist die Auseinandersetzung darüber, ob nicht überhaupt auch der selbständige Unternehmer unter Umständen Hilfsperson sein kann, so daß also ein Unterschied zwischen Selbständigkeit und Unselbständigkeit gar nicht zu machen wäre.

Es sollte nun für die Frage, ob der Lieferant durch Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Fabrikanten die Rechtsfolgen des § 950 in seiner Person herbeiführen kann, nur eine Lösung möglich sein. Das darf aber nicht in der Reihenfolge geschehen, daß das Ergebnis vorweggenommen und dann erst nach einer Begründung gesucht wird. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Begriff des Herstellers und damit zugleich des Gehilfen nach dem Zweck des § 950 klar bestimmt werden kann. Dann wird man sehen, ob sich das Verhältnis „Lieferant-Fabrikant" in diesen Rahmen einfügen läßt oder nicht.

b) Umgrenzung des Gehilfenbegriffes im Sinne des § 950.

Ist in den meisten zitierten Erklärungen, was ich behaupten möchte, der Gehilfenbegriff nicht fest genug gefaßt, so liegt das m. E. daran, daß man diesen Begriff zu allgemein, und losgelöst

von einem bestimmten Zweckgedanken definiert. Rein abstrakt gesehen ohne Beziehung zu einer bestimmten Tätigkeit und Funktion, müßte der Gehilfenbegriff ja geradezu in allen möglichen Lebenslagen angewandt werden können; jedenfalls, wenn man als Gehilfen jeden gelten lassen will, der seine Dienste einem anderen zur Verfügung stellt. In unserem Falle ist diese weitherzige Allgemeindefinition des Gehilfenverhältnisses aber nicht zu gebrauchen, es muß nach einer festen, engeren Fassung, die dem Gedanken des § 950 Rechnung trägt, gesucht werden.

So muß bei dem Wort „Gehilfe" in erster Linie einmal gesagt werden, w o z u denn eigentlich geholfen werden soll; es muß eine bestimmte Aufgabe da sein, zu der die Hilfsperson mithelfen soll. Im Leben gibt es zahllose Lagen, die eine Hilfsleistung zulassen; aus dem Gesetzbuch seien unter anderem die Fälle des Fundes, des Schatzerwerbes, der Okkupation genannt, die unter rein tatsächlicher Mithilfe Dritter vorgenommen werden können.

In § 950 ist es nun speziell die A r b e i t, die H e r s t e l l u n g e i n e r n e u e n S a c h e, bei der die Hilfsperson mithelfen soll. Damit wäre der Gehilfenbegriff aus seiner absoluten Betrachtung losgelöst und relativiert, in eine Beziehung gebracht zu einem bestimmten Zweck, nämlich der Herstellung einer neuen Sache. Zugleich ist damit auf eine Möglichkeit verwiesen, Grenzen für seine Anwendbarkeit zu finden und eine uferlose Ausdehnung des Herstellerbegriffes zu verhindern.

Die Herstellung einer neuen Sache bildet für Hersteller und Gehilfen einen für beide gemeinsamen einheitlichen Rahmen, i n n e r h a l b dessen beide tätig werden. Innerhalb eines gemeinsamen Arbeitsprogramms verrichtet der Hersteller leitende, anordnende Tätigkeit, der Gehilfe die ausführende, helfende. Trotz der Verschiedenheit ihrer Arbeitshandlungen wirken aber beide nicht gegeneinander, sondern sie arbeiten, durch einen gemeinsamen Zweck zusammengehalten, an einer gemeinsamen Arbeit, in ein und derselben Richtung, die durch den gemeinsamen Zweck gewiesen wird, die P r o d u k t i o n.

Es besteht also ein Rahmen, ein „Arbeitskreis", in welchen beide, Hersteller und Gehilfe, einzugruppieren sind. „I n n e r h a l b" dieses zweckbegrenzten Kreises muß die Ergänzung von anordnender und ausführender zu einer einzigen Tätigkeit vor sich gehen; dann erscheint sie nach außen hin als e i n e Herstellung.

Im heutigen Wirtschaftsleben spricht man auch von Betrieb, Unternehmen, „wirtschaftlich einheitlicher und geschlossener Sphäre" (so Brodmann Jh. J. 79 S. 134). Dabei sind diese Begriffe keinesfalls räumlich im Sinne von Betriebsstätte zu nehmen, sondern sie bezeichnen den sachlich, wirtschaftlich abgegrenzten Aufgaben- und Arbeitskreis.

Wird hier von zwei sich ergänzenden Tätigkeiten innerhalb eines geschlossenen Arbeitsrahmens gesprochen, die nach außen hin aber nur einen Hersteller repräsentieren, so soll damit vor allem gesagt sein, daß die Herstellereigenschaft der leitenden Person nicht nur durch eine Fiktion vermittelt werden soll. Auch von dem Arbeitsherrn wird ein positives Tätigwerden verlangt. Es ergibt sich schon aus den Worten „Hilfsperson" und „helfen", daß der Arbeitsherr die Hilfe zu seiner Tätigkeit, die gegenüber der bloßen Hilfe die Hauptarbeit darstellt, in Anspruch nimmt.

Es ist also nicht genügend, zu sagen, der Gehilfe stelle seine Arbeit in den „Dienst" eines anderen, vielmehr darüber hinaus, daß der Gehilfe seine Arbeit „unter die Arbeit" eines anderen stellt.

Von beiden Teilen wird also Arbeit beigetragen; man darf die positive Arbeitsbeteiligung des Arbeitsherrn nicht darum verneinen, weil die körperlichen Handlungen des Arbeiters augenscheinlicher und sinnfälliger in Erscheinung treten. Das würde eine zu enge, heutigen Wirtschaftsbegriffen nicht entsprechende Auffassung von Arbeit sein. Es ist dementsprechend berechtigt, daß der Arbeitsherr die neue Sache als sein eigentliches Arbeitsprodukt, als Erzeugnis seiner schöpferischen Tätigkeit, für sich in Anspruch nimmt.

Das führt zu der Erkenntnis, daß jeder, der außerhalb dieses Arbeitsbereichs, außerhalb dieses Arbeitsrahmens stehend, in irgendeiner Weise, sei es durch Auftrag oder Geldfinanzierung, eine Herstellung veranlaßte, nicht als Arbeiter und Hersteller im Sinne des § 950 angesehen werden kann. Schon aus der Stellung außerhalb dieses abgesteckten Arbeitskreises ergibt sich, daß von einer positiven Mitarbeit am Arbeitsergebnis keine Rede sein kann; denn eine Mitwirkung an der Herstellung kann eben nur innerhalb des umschlossenen Arbeitsfeldes erfolgen; Hersteller kann nur sein, wer selbst positiv mitarbeitet.

Ein „Außenstehender" kann also nur indirekt, mittelbar veranlassen, daß eine Produktion vorgenommen wird; beteiligt ist er nicht daran. Das wäre Fiktion.

Die „Außenstellung" wird aber meist aus der Verschiedenartigkeit der verfolgten wirtschaftlichen Zwecke hervorgehen. Auf der einen Seite steht das gemeinschaftliche Programm, die Produktion; dem steht gegenüber (so z. B. beim Besteller im Werkvertrag) die Konsumtion der in Auftrag gegebenen Sachen, mag diese auch zu produktiven Zwecken erfolgen. Also zwei ganz verschiedene Arbeitsfelder mit wirtschaftlich verschiedenen Programmen.

Somit wäre eine Abgrenzungsmöglichkeit für den Begriff von Hersteller und Gehilfen gegeben, die sich aus dem Vorliegen eines gemeinsamen sachlichen Wirkungskreises ergibt.

Angedeutet finden wir eine derartige Begrenzung des Herstellerbegriffes einmal bei denen, die, vom arbeitsrechtlichen Vertrage ausgehend, den Betrieb, das Unternehmen als Hersteller ansehen wollen. Ferner bei Wolff S. 228, der den Fabrikanten Eigentum erwerben läßt, wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers „im Rahmen der ihm übertragenen Tätigkeit" erfolgt. (Hier weist der Ausdruck „übertragene" Tätigkeit auf eine übergeordnete Tätigkeit des Arbeitgebers, von der etwas „übertragen" wird, hin). Deutlich erklärt auch Kohler S. 211, die Vertretung müsse auf einem „bestimmten Arbeitstitel" beruhen, welche den Vertretungskreis begrenze; „sie ist nicht in dem Sinne möglich, daß jemand seinem Geldgeber verspricht, alles, was er auf Grund des Gelderwerbes herstellen könne, für ihn als sein Vertreter herstellen zu wollen". Schon RG. 56 S. 227 v. Jahre 1903 erklärte, daß Arbeiten in einer Fabrik ihrem „Betriebe" zuzurechnen seien.

Sollen nun subjektive oder objektive Momente dafür ausschlaggebend sein, ob eine Gehilfenschaft im obigen Sinne angenommen werden kann?

M. E. geht aus dem Wesen der Verarbeitung als Tathandlung hervor, daß objektive Umstände entscheidend sein sollen.

Während bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung die Wirkungen des Rechtsgeschäfts nur dann in der Person des Vertretenen eintreten, wenn ein dahingehender Wille des Vertreters zum Ausdruck gelangt, ist bei der rein tatsächlichen Verarbeitung für subjektive Willensäußerungen kein Platz. Als rein äußerer Vorgang kann die Verarbeitung keine Willenserklärungen darüber, ob sie für diese oder jene Person wirksam sein soll, in sich aufnehmen. Es bleibt also gar nichts anderes übrig, als aus der äußeren Sachlage, den objektiven Umständen die Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, in wessen Person die gesetzlichen Rechtsfolgen des Realakts der Verarbeitung eintreten sollen. (So vor allem Isay S. 262: Es handle sich ja nicht um eine Willenserklärung, sondern lediglich um eine Willensbetätigung). Das Vorliegen der Gehilfenschaft, darüber herrscht wohl Einigkeit, bemißt sich also nach äußeren, tatsächlichen Momenten.

Die nur natürliche Folge dessen ist, daß der Gehilfen- und Anstellungsvertrag bei Betrachtung der objektiven Umstände zwar einen Anhaltspunkt ergibt, aber keineswegs für diese bestimmend sein kann. Der Vertrag ist nichts weiter als ein äußeres Kennzeichen, als ein Indiz für das Vorliegen einer Gehilfenschaft. Ist der Anstellungsvertrag aus irgendeinem Grunde unwirksam, oder fehlt es an einem solchen, so schadet das weiter garnicht, wofern nur die objektiven Verhältnisse erkennen lassen, daß der die Arbeit Ausführende nur Hilfsperson eines anderen Arbeitsherrn ist. Ist der Arbeitsvertrag aber gültig, so ist damit nur ein Beweismerkmal für

die Annahme eines Arbeitsverhältnisses gegeben. Auf den Vertrag kommt es also nicht an, sondern nur auf das objektive Verhältnis in der Gesamtheit seiner Beziehungen.

Als objektive Merkmale für das Vorliegen einer Gehilfenschaft seien folgende Punkte hervorgehoben: Es muß sich, was schon oben gesagt wurde, erstens um ein gemeinsames Arbeitsprogramm, um eine wirtschaftlich für sich geschlossene Sphäre handeln, innerhalb deren Gehilfe und Arbeitsherr zu gemeinsamer Produktion tätig werden. Zweitens der Arbeitsherr muß durch eigenen positiven Arbeitsbeitrag an der Produktion als seiner speziellen wirtschaftlichen Tätigkeit beteiligt sein. Drittens der Gehilfe muß betreffs seiner Arbeitstätigkeit unter der leitenden Anordnung des Arbeitsherrn stehen, d. h. „arbeitsabhängig" sein (das darf nicht mit wirtschaftlicher oder sozialer Abhängigkeit gleichgestellt werden). Auf diese Abhängigkeit, welche lediglich die Verwendung der Arbeitskraft des Gehilfen im Arbeitsprozeß betrifft und daher nur innerhalb des Arbeitsrahmens zu bestehen braucht, kann nicht verzichtet werden. Sie ist ein entscheidendes objektives Kennzeichen der Gehilfenschaft.

Daß damit, wie Herz S. 28 und 31 betonen will, die gesamte Person des Arbeitnehmers in ein personenrechtliches Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitsherrn gerät, braucht nicht gefolgert zu werden. Vielmehr ist es lediglich die Arbeitskraft, die der Arbeitnehmer gegen Entgelt dem Arbeitsherrn überläßt. Der Arbeitnehmer wird also nicht verpflichtet, ein Arbeitsprodukt, gleichsam eine „vergegenständlichte" Arbeit (Herz S. 22) an den Arbeitsherrn zu leisten, sondern nur Arbeitsdienste zur Verfügung zu stellen; er verspricht kein Werk, sondern ein „Wirken" (Herz S. 23), ein Tätigwerden. Der Arbeitnehmer hat also gewissermaßen seine Arbeitskraft an den Arbeitsherrn verdingt, und dieser kann über die Arbeitskräfte als ihm überlassene Produktionsmittel verfügen, sie in seinem Betrieb verwenden, wo es ihm geeignet scheint. Er ist verfügungs-, herrschaftsberechtigt über diese Kräfte, die ihm gegen den Dienstlohn überlassen sind. Dann kann er auch verlangen, daß die Rechtsfolgen dieser Arbeit als einer ihm überlassenen, ihm zuzurechnenden Arbeitstätigkeit in seiner Person eintreten. Daraus die Konsequenz zu ziehen, der Arbeiter stehe in völliger, personenrechtlicher Abhängigkeit, sei „Werkzeug" des Arbeitsherrn, liegt kein zwingender Grund vor; der Arbeiter trifft nur eine Verfügung über sein „Arbeitskapital", er setzt seine Arbeit in Geld um. Insofern dürfte es berechtigt sein, von einer „Arbeitsabhängigkeit des Arbeiters innerhalb des Arbeitsrahmens" zu sprechen.

Sehen wir so in dem gemeinsamen Arbeitskreis, der positiven Arbeitsbeteiligung des Arbeitsherrn und in der Arbeitsabhängigkeit besonders zuverlässige objektive Merkmale für die Annahme einer

iebensechten Gehilfenschaft, so sollen im folgenden einige Kennzeichen dem gegenübergestellt werden, deren Vorliegen evtl. geeignet ist, eine bereits festgestellte Gehilfenschaft zu unterstreichen, zu bestätigen, die für sich allein aber keineswegs imstande sind, eine Gehilfenschaft gleichsam zu begründen. Bei ihnen handelt es sich eben bloß um Erscheinungsformen, mehr äußere Merkmale, Symptome, die für sich allein nichts besagen.

Hier sei zunächst das vertragliche Verhältnis genannt. Es wird mancherseits vertreten, wenn auch ganz allgemein kein Gehilfenschaftsverhältnis bestehe, so sei doch ein Vertrag geeignet, ein derartiges Arbeitsverhältnis zwischen zwei Personenarten herbeizuführen. In Fällen, die schon ohnehin die typischen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses in sich tragen, mag ein Vertrag als weiteres Merkmal gewertet werden. Doch ist er, als Instrument subjektiven Parteiwillens, für sich allein nicht in der Lage, beim Fehlen der sonstigen objektiven Voraussetzungen eine Arbeitsabhängigkeit zwischen den Vertragsschließenden zu begründen.

Vielfach soll auch das Eigentum am Stoffe, oder wenn dieser einem Dritten gehört, die Verfügungsberechtigung über den Stoff, die Frage entscheiden, ob ein Abhängigkeitsverhältnis im oben besprochenen Sinne vorliegt. Es bedarf wohl keiner besonderen Hervorhebung, daß sowohl Fälle denkbar sind, in denen arbeitsabhängige Arbeitnehmer eigenen Stoff verwenden oder doch hinzutun, wie auch Fälle, in denen ein Arbeitsherr Dritten gehörige Stoffe für seinen eigenen Betriebszweck verarbeitet. Ein zuverlässiges Merkmal bietet das Stoffeigentum also nicht, mag es auch häufig zur Klärung der objektiven Sachlage beitragen können; es kann also auch nur als äußeres Kennzeichen gewertet werden.

Auf dieselbe Frage läuft es hinaus, wenn Krückmann als entscheidend ansieht, ob jemand eigenes oder fremdes Recht ausübe; denn dafür komme es darauf an, ob man das Recht oder den Rechtsbesitz innehabe. Soweit er bei dieser Innehabung die Stoffberechtigung für entscheidend hält (S. 230), ist ihm nicht zuzustimmen. Würde er bei der Spezifikation das „Recht an der Arbeitskraft" für die Rechtsausübung und ihre Folgen maßgebend sein lassen, so dürfte dagegen nichts einzuwenden sein.

Auch wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit ist nur ein Indiz für das Vorliegen eines Gehilfenverhältnisses. Die Unterordnung im Arbeitsverfahren ist denkbar, ohne eine weitere Abhängigkeit außerhalb des Arbeitsprozesses zu erfordern. Das zeigt z. B. die Stellung des Volontärs. Allerdings wird vielfach eine Abhängigkeit wirtschaftlicher Natur vorhanden sein und so zur Verdeutlichung der objektiven Sachlage dienen können.

Die Beweiskraft der letztgenannten Indizien darf also nicht überschätzt werden. Für sich allein genommen sind sie bedeutungslos,

sie können allenfalls zur Ergänzung anderweitig bereits vorhandener, objektiver Merkmale hinzugezogen werden.

c) Der Fabrikant ist bei der Verarbeitung nicht Gehilfe des Lieferanten.

Nach Darlegung der Erwägungen, aus denen heraus man in gewissen Fällen zu einer zweckmäßigen und sinnvollen Auslegung des Begriffes Hersteller in § 950 gelangt ist, ist zu untersuchen, ob und wie dieses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gerechtfertigte „Herstellungsverhältnis" auch auf anders geartete Beziehungen, insbesondere zwischen Lieferant und Käufer von Vorbehaltswaren, übertragen werden kann.

Soll also in gleicher Weise, wie der Arbeitgeber gegenüber seinem Arbeitnehmer ohne weiteres als Hersteller der verarbeiteten Sachen angesehen wird, auch der Lieferant „Hersteller" der Sachen sein können, die ein selbständiger Unternehmer, der Fabrikant, in seinem eigenen Betrieb produziert hat? Und das zu dem Zwecke, die durch den EV. begründete Sicherung des Lieferanten auf irgendeine Weise zu erhalten?

Die Frage ist wichtig genug, um die durch eine solche Vereinbarung entstehende Rechtslage, insbesondere die neuen Eigentumsverhältnisse zwischen Lieferant und Fabrikant vorwegzuerörtern, selbst auf die Gefahr hin, daß sich eine derartige Vereinbarung bei späterer genauer Prüfung als unzulässig und unwirksam herausstellen könnte.

Also angenommen, der Lieferant würde durch solche Abrede mit dem Vorbehaltskäufer wirklich zum Hersteller im Sinne des § 950, so hätten die Rechtsfolgen der Verarbeitung in seiner Person einzutreten. Der Stofflieferant würde originärer Eigentümer der neuen Sache, auch wenn es sich um die Verarbeitung der infolge des EV. ihm selbst gehörigen Stoffe handelte. Es entsteht für ihn ein neues Eigentum.

Bedenkt man hier, daß der Fabrikant wahrscheinlich befugt ist, im ordnungsmäßigen Geschäftsgang auch über noch nicht bezahlte Ware weiter zu verfügen, so entsteht die merkwürdige Besonderheit, daß das Eigentum an Stoffen und neuer Sache überhaupt nie auf den Käufer übergeht, obwohl es doch unter einer aufschiebenden Bedingung auf den Käufer übergehen sollte. (Denn anders als zunächst beim Konstitut, bewirkt hier die Verarbeitung ja nicht den Eigentumserwerb des Fabrikanten). Es ist dies eine Wandlung des Inhalts des EV., wie Auerbach (S. 60) in einem ähnlich gelagerten Fall hervorhebt.

Das neue Eigentum des Lieferanten ist nicht auflösend bedingt, es ist Vollrecht. Doch wird man meist, nach Lage des Falles, zu dem Ergebnis kommen, daß auch bezügl. der neuen Sache eine entspre-

chend bedingte Uebereignung auf den Fabrikanten gewollt ist; diese würde, da der Fabrikant bereits im Besitze der Fabrikate ist, nach § 929 Satz 2, evtl. antizipiert, vor sich gehen.

Mehrere Lieferanten, die alle eine derartige Abrede getroffen hätten, würden Miteigentümer werden, da sie gemeinsam als Hersteller anzusehen wären. Das Miteigentum würde nach Verhältnis der Stoffwertanteile entstehen. Die Ansicht Schalfejews S. 114, daß einer der Lieferanten, dessen Stoff den Hauptbestandteil der neuen Sache bilden würde, entsprechend den §§ 947 Abs. 2, 948 Alleineigentum erhalten könnte, kann nicht geteilt werden; er beachtet nicht, daß hier die Vorschrift des § 950 ja nicht ausgeschlossen, sondern gerade anwendbar sein soll; dann kommt eine analoge Heranziehung der Grundsätze der Verbindung nicht in Frage; denn es liegt Verarbeitung vor, der Rechtsgrund des Erwerbs ist die Arbeit; es können sich aber alle Lieferanten, die ja doch alle Hersteller sein sollen, auf diesen Rechtsgrund berufen. Einen dem § 947 entsprechenden Abs. 2 kennt aber § 950 nicht.

Zur Entstehung des Eigentums ist nicht, wie beim antizipierten Besitzkonstitut, eine Kennzeichnung der Ausführungshandlung an der neuen Sache nötig, selbst nicht bei komplizierten Miteigentumsverhältnissen; denn das zur Entstehung gelangende Eigentum des Lieferanten geht auf die gesetzliche Vorschrift des § 950 zurück; weitere Erfordernisse, etwa wie beim antizipierten Konstitut, sind hier nicht aufgestellt. Wohl wird es häufig nötig sein, daß vom Fabrikanten äußere Kennzeichnungshandlungen vorgenommen werden, um das Eigentum, das zwar ohne diese zur Entstehung gelangen konnte, nicht durch etwaige Vermischung oder Vermengung wieder untergehen zu lassen.

Der Weg, durch Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses den EV. trotz Verarbeitung „aufrechtzuerhalten“[37]), wäre vor allem in Fällen, in denen mehrere Verarbeitungsstufen durchschritten werden, dem antizipierten Besitzkonstitut vorzuziehen, da er die ständig erforderliche Einigung und die immer erneut vorzunehmenden äußeren Handlungen entbehrlich macht. Auch hätte diese Methode gegenüber dem Konstitut den Vorzug, in keinem Augenblick der Verarbeitung für den Fabrikanten Eigentum entstehen zu lassen, wodurch dieser eine Zeit lang verfügungsberechtigt würde.

Die Klausel, in Verbandsbedingungen bisher wenig verwandt[38]), hat etwa folgenden Wortlaut:

---

37) Der Ausdruck ist technisch nicht einwandfrei, aber trotzdem wohl brauchbar und nicht irreführend.

38) Z. B. Im Metallwarengroßhandel, in der Eisengießerei, im Wollhandel.

„Verkäufer und Käufer sind sich darüber einig, daß die durch Umbildung geschaffene neue Sache für den Verkäufer entsteht...."

Ihre bisher nicht häufige Verwendung erklärt sich vielleicht daraus, daß diese Modifizierung des § 950 meist auf eine genauere Kenntnis dieser Gesetzesbestimmung und ihrer Streitfragen zurückgeht; vielleicht auch, daß sie den Verbänden nicht sicher genug erschien. Gebräuchlicher dürfte sie in Einzelverträgen sein. Besondere Bedeutung erlangte sie wohl erstmalig, als man nach dem Kriege nach einer Sicherung für die sog. Veredelungskredite suchte.

Nun zur Untersuchung der Zulässigkeit einer derartigen Abrede. Da ist aber festzustellen, daß die typischen, objektiven Merkmale der Gehilfeneigenschaft beim Arbeits- und Dienstvertrag grundverschieden sind von dem Verhältnis zwischen Lieferant und Fabrikant als zwei selbständigen Unternehmern. Und doch sollen auf sie die gleichen Grundsätze übertragen werden! Suchen wir darum einmal zu prüfen, ob und inwieweit die Merkmale, welche weiter oben für die „Hilfsperson bei der Herstellung" genannt wurden, auch das Verhältnis von Lieferant und Fabrikant umfassen.

1. Arbeitgeber und Arbeitnehmer arbeiten beide innerhalb eines gemeinsamen Arbeitsprogramms, beide arbeiten Hand in Hand an der gleichen wirtschaftlichen Aufgabe, der Produktion. — Lieferant und Fabrikant dagegen stehen sich gegenüber; sie arbeiten nicht miteinander über, denn sie haben verschiedene wirtschaftliche Interessen; der eine betreibt den Verkauf der Stoffe, der andere die Fabrikation. Es liegen hier zwei völlig getrennte „Arbeitskreise" vor[39]).

2. Beim Lohnarbeitsverhältnis wirkt der Arbeitgeber durch positiven Arbeitsbeitrag zur Erreichung des gemeinsamen wirtschaftlichen Zieles, der Herstellung, mit. Er zieht „zu seiner eigenen Arbeit" die „Mitarbeit des Arbeitnehmers hinzu. — Demgegenüber „arbeitet" der Lieferant nicht innerhalb des Tätigkeitsgebietes des Fabrikanten „mit", er überläßt diesem die Produktion als dessen Arbeit. Und umgekehrt ist der Fabrikant nicht hilfsweise „Mitarbeiter" bei der speziellen wirtschaftlichen Aufgabe des Lieferanten; denn diese ist grundsätzlich auf den Verkauf von Rohstoffen und evtl. von Stoffen, die bei ihm selbst hergestellt worden sind, eingestellt. Dabei aber ist der Fabrikant nicht Hilfsperson des Lieferanten, er stellt diesem keine Arbeit zur Verfügung, sondern kauft lediglich dessen Stoffe ab.

39) Eine Wandlung ist hier vielleicht dadurch eingetreten, als in vertikal aufgebauten Konzernen, die vom Rohstoffe bis zur Fertigware herstellen, auch Lieferant und Fabrikant an einer wirtschaftlichen Aufgabe, der Produktion, gemeinschaftlich arbeiten. Doch ist hier das gemeinsame Arbeitsprogramm eben durch den grundsätzlichen Zusammenschluß, den Konzern, bedingt. Für das übliche Verhältnis aber zwischen selbständigen Lieferanten und Fabrikanten dürfte jedoch das oben zu 1) Gesagte weiter Geltung haben.

3. Zwischen Arbeitsherr und Arbeiter besteht ein Verhältnis der Arbeitsabhängigkeit. Der Arbeitnehmer arbeitet an dem Platz, wo er hingestellt wird; er erledigt die Verrichtungen, die ihm zugewiesen werden; seine Arbeit bestimmt der Arbeitgeber, dieser macht auch die Angaben über die Art der Ausführung. — Im Gegensatz dazu bestimmt der Fabrikant selbst, was er herstellen will, er wählt sich selbst eine bestimmte Branche aus und auch da wieder die speziellen Fabrikate, die er produzieren will. Darauf nimmt der Lieferant keinen Einfluß, gerade umgekehrt wird der Lieferant vom Fabrikanten nach dessen Wahl ausgesucht. Der Lieferant macht dem Fabrikanten auch keine Angaben bezügl. der Art der Ausführung, denn diese gehen von den Abnehmern des Fabrikanten aus. Eine Arbeitsabhängigkeit des Fabrikanten besteht also nicht, vielmehr ist er in seiner Arbeit selbständig.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß nach den allgemeinen Lebensbegriffen der Fabrikant keinesfalls als Hilfsperson des Lieferanten angesehen werden kann. Hier setzen nun die Versuche ein, trotz der anderen wirtschaftlichen Struktur der gegenseitigen Beziehungen, durch V e r t r a g ein Lohnarbeitsverhältnis zwischen Lieferant und Fabrikant zu begründen, um zu dem Ergebnis zu kommen, den EV. des Lieferanten auch während der Verarbeitung zu erhalten.

Sollte sich bei einem derartigen Vertrage herausstellen, daß die Parteien ihn nicht lediglich um des gewünschten Ergebnisses willen abschließen, sondern auch tatsächlich dessen rechtliche Voraussetzungen, eine wirkliche, lebenswahre Arbeitsabhängigkeit und Einordnung des Fabrikanten unter die Arbeit des Lieferanten, begründen und wahrmachen wollen, dann könnte gegen einen derartigen Vertrag nichts eingewandt werden. Es würde dann die Gehilfeneigenschaft nicht bloß durch eine leere Erklärung der Parteien herbeigeführt, sondern der innere Wille und ein dementsprechendes Verhalten der Parteien ließen den Fabrikanten objektiv und tatsächlich zur Hilfsperson des Lieferanten werden. Eine derartige Gehilfeneigenschaft, ernstlich gewollt und tatsächlich durchgeführt, ist also im Verhältnis „Lieferant-Fabrikant" nicht von vornherein undenkbar; das zeigen u. a. die Ansichten von Rümelin S. 284 und 286, Rühl S. 137 und Lehmann S. 52, die alle die o b j e k t i v e n Umstände als ausschlaggebend bezeichnen, und dann weiter erklären, die objektive Sachlage lasse sich aber auch durch eine Vereinbarung zwischen Lieferant und Fabrikant herbeiführen. Kann aber eine derartige objektive Sachlage durch Vertrag auch für den Fall geschaffen werden, daß ein Lieferant Stoff an einen Fabrikanten unter EV. liefert und dieses Eigentum über die Verarbeitung hinaus sichern will? Im allgemeinen kann man das nicht annehmen, weil es an dem ernsthaften Willen der Parteien fehlt, den Fabrikanten in

eine lebensechte Arbeitsabhängigkeit vom Lieferanten zu drängen. Das mögen folgende, konkretere Beispiele zeigen. (Einige der folgenden Punkte aufgezählt in der Entsch. des K.K. Obersten Gerichtshofes, Bd. 15 Nr. 1572 S. 201/202; siehe auch Ehrenzweig in System des österr. allgem. Privatrechts S. 232).

Der Fabrikant soll die Stoffe, die er „für" den Lieferanten als dessen Gehilfe verarbeitet, selbst kaufen und bezahlen; das braucht ein Gehilfe im allgemeinen aber doch nicht. Weiterhin ist der Fabrikant zum Verkauf an Dritte im eigenen Namen berechtigt, während er doch als „Hilfsperson" die Stoffe als solche seines Arbeitsherrn verkaufen müßte. Sodann übergibt hier der Lieferant dem Fabrikanten die Stoffe zur Verarbeitung, ohne, wie es doch in einem normalen Arbeitsverhältnis der Fall wäre, das neue Produkt wieder an sich zu nehmen und es selbst zu verkaufen. Auch wird hier das Geld für die verkauften Sachen nicht von dem Lieferanten, sondern von dem Fabrikanten in eigenem Namen eingezogen; des weiteren läßt sich der Lieferant die Forderungen aus dem Verkaufe seiner Waren von dem Fabrikanten erst abtreten; auch das ist mit der Stellung des Fabrikanten als eines Gehilfen doch nicht in Einklang zu bringen. Der Fabrikant soll, obwohl er doch nur Hilfsperson ist, die Gefahr tragen, des weiteren die Kosten der Versicherung! Der Fabrikant erhält auch keinen Gehilfenlohn von dem Lieferanten, er zahlt sogar umgekehrt an diesen Geld dafür, daß dieser die Stoffe zur Verarbeitung gibt. Anders als eine Hilfsperson verdient der Fabrikant sein Geld nicht mit seiner bloßen Arbeitskraft, vielmehr mit dem ganzen Produkt, das sich aus Stoff und Arbeit zusammensetzt; ein wirklicher Arbeiter hat aber nichts weiter als seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Beim wirklichen Arbeitslohnvertrag ist der Arbeitsherr unmittelbarer Besitzer der Produkte, während die Arbeiter nur Besitzdiener im Sinne des § 855 sind; der Fabrikant aber hat selbst den unmittelbaren Besitz, er überträgt ihn auch nicht auf den Lieferanten zurück, sondern verfügt über die Waren durch Weiterverkauf an Dritte. Eigenartig ist es auch, daß der Lieferant sich dem Fabrikanten gegenüber das Eigentum vorbehält, was in einem normalen Arbeitsverhältnis überflüssig wäre und nicht vorkommt.

Bei Verarbeitung der Stoffe mehrerer Fabrikanten soll hier der Fabrikant also gleichzeitig Gehilfe für mehrere, einander unbekannte Arbeitsherrn sein, während ein Gehilfe vernünftigerweise doch nur für einen Auftraggeber tätig wird. Umgekehrt wären hier also mehrere „Hersteller" ein und desselben Produktes vorhanden, die von einander nicht mal etwas zu wissen brauchen. Der Fabrikant könnte auch gleichzeitig als Gehilfe verschiedener Branchen erscheinen, so z. B. eine Konfektionsfirma bezügl. eines ein-

zigen Mantels gleichzeitig als Gehilfe einer Seidenweberei, eines Futterstofflieferanten, eines Pelzhändlers usw.

In dem Falle, wo sämtliche Rechte aus dem EV. und den dabei getroffenen Abmachungen an eine Bank, welche die Stofflieferung finanziert hat, abgetreten worden sind, wäre der Fabrikant bei seiner verarbeitenden Tätigkeit Gehilfe einer Bank, und diese erschiene ihrerseits, obwohl ihr Geschäftskreis doch in Bankgeschäften besteht, als Herstellerin der Fabrikerzeugnisse, soweit sie diese bevorschußt hätte! (Derartige Klauseln kommen in Bankbedingungen für sicherungsübereignete Waren, die noch verarbeitet werden sollen, tatsächlich vor! So Rühl S. 139 unten).

Diese widerspruchsvollen, geradezu absurden Ergebnisse für den Fall, daß Lieferant und Fabrikant vertraglich unter sich ein Lohnarbeitsverhältnis konstruieren wollen, zeigen zur Genüge die innere Unwahrhaftigkeit und Lebensunwahrscheinlichkeit der genannten Abrede. So betont denn auch die Entscheidung des österr. Gerichtshofs in Bd. 15 S. 201, es handle sich bei derartigen Vereinbarungen um ein „merkwürdiges Lohnverhältnis". Die Tatsachen des Wirtschaftslebens lassen eine derartig unnatürliche, unwirkliche Vereinbarung einfach nicht zu.

Demgegenüber ließen sich evtl. zwei Gesichtspunkte anführen, die gleichermaßen im Verhältnis von Lieferant und Fabrikant als auch im Arbeitslohnverhältnis zuzutreffen scheinen. Einmal wäre das Stoffeigentum zu nennen, worauf Rümelin S. 284 für die Frage, wer „Hersteller" ist, entscheidendes Gewicht legen will. Im Arbeitsverhältnis steht dem Arbeitsherrn das Eigentum am Stoffe zu; ähnlich steht das Eigentum dem Lieferanten, der es sich ja vorbehielt, zu. Hier ist also scheinbar eine Gleichheit der Sachlagen zu konstatieren.

Für den Fall aber, daß der Stoff nicht dem Lieferanten, sondern einem Dritten gehören würde, zeigt es sich, daß auch das Stoffeigentum kein verbindendes Merkmal abgeben kann. Denn niemand wird behaupten wollen, nunmehr sei der Dritte als Hersteller der neuen Sache anzusehen. Es kann darum nicht das Stoffeigentum für die Frage, wer als Hersteller anzusehen ist, absolut ausschlaggebend sein, sondern es muß darauf ankommen, wem das Eigentum an den Stoffen wirtschaftlich gehört, wer darüber verfügungsberechtigt ist. Das ist aber stets trotz des EV. der Fabrikant, nicht der Lieferant. Somit entfällt dieses Merkmal, das auf beide Verhältnisse zutreffen sollte.

Sodann ließe sich vielleicht sagen, wie im Arbeitsverhältnis, so bestände auch zwischen Lieferant und Fabrikant meist eine Abhängigkeit des letzteren. Das ist wohl nicht zu bestreiten; aber es ist entgegen zu halten, daß es sich bei Lieferant und Fabrikant nur um eine ausgesprochen wirtschaftliche Abhängigkeit handeln

kann, während im Lohnarbeitsverhältnis grundsätzlich nur eine Arbeitsabhängigkeit, die von wirtschaftlicher Abhängigkeit zu scheiden ist, vorzuliegen braucht[40]). Damit wäre auch dieser Gesichtspunkt, der für eine gewisse Gleichheit beider Sachlagen hatte sprechen sollen, hinfällig.

Man kommt nunmehr wohl nicht mehr daran vorbei, zuzugeben, daß die Parteien den Fabrikanten in Wirklichkeit nicht in eine Gehilfenschaft zum Lieferanten bringen wollen; sie wollen lediglich das Ergebnis, um ein Weiterbestehen des Eigentums des Lieferanten zu ermöglichen. Um eine Arbeitsabhängigkeit des Fabrikanten ist es ihnen nicht zu tun; ja sie wollen diese überhaupt nicht herbeiführen, wie sich aus dem unveränderten Fortbestehen der normalen Beziehungen von Lieferant und Fabrikant ergibt. Somit muß man die Abrede, der Fabrikant solle „für" den Lieferanten herstellen, dieser also „Hersteller" sein, wegen fehlender Ernstlichkeit nach § 118 für nichtig halten. (So die österr. Praxis). Denn in Wirklichkeit liegt nur die Verschleierung eines EV. vor.

Diese Konsequenz wird von der deutschen Rechtsprechung nicht gezogen; auch im Schrifttum mehren sich sogar die Stimmen, die die genannte Abrede für möglich halten wollen.

Teilweise allerdings recht zögernd, und nicht mit der genügenden Klarheit und zwingenden Gründen. So verlangt Schalfejew S. 114, es müsse sorgfältig geprüft werden, ob die Parteien in der Tat ernstlich ein derartiges Arbeitsverhältnis gewollt haben. Levy S. 162 hebt hervor, noch nicht die bloße Erklärung, vielmehr nur die tatsächlichen Verhältnisse könnten die Annahme eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Und auch dann würden es nur „Ausnahmefälle" sein. Ganz bedenklos scheint auch Rühl nicht zu sein, wenn er S. 138 sagt: „Der selbständige Werkunternehmer könnte allmählich mehr und mehr zu einem von dem Rohstofflieferanten wirtschaftlich abhängigen Lohnarbeiter werden". Anscheinend scheut er sich, hier auch dasselbe bezügl. des selbständigen Fabrikanten hervorzuheben, um die Kraßheit des Falles nicht noch deutlicher werden zu lassen. Aehnlich mutet es an, wenn Rühl

---

40) Die wirtschaftliche Abhängigkeit hat mehr indirekten Charakter. An sich könnte der selbständige Fabrikant seine Waren beziehen, wo er will. Doch wird er häufig unter einem gewissen Druck wirtschaftlicher Verhältnisse sich entschließen müssen, immer zu dem Lieferanten zurückzukehren, der ihm große Warenposten kreditweise geliefert hat, damit ihm nicht plötzlich dieser, für ihn lebensnotwendige Kredit entzogen wird.

Der Arbeitnehmer arbeitet weniger infolge eines wirtschaftlichen Druckes bei einem bestimmten Arbeitgeber, sondern auf Grund des freiwillig eingegangenen Arbeitsvertrags, dessen wirtschaftliche Bedingungen meist die gleichen sind, ob er nun bei diesem oder jenem Arbeitgeber in Dienste tritt. Die Arbeitsabhängigkeit äußert sich daher weniger beim Abschluß des Vertrages als in der fremdbestimmten Arbeitstätigkeit.

S. 138/139 „Vorsicht" empfiehlt bei der Feststellung der Abrede, der Vorbehaltskäufer wolle die Verarbeitung für den Lieferanten als den eigentlichen Hersteller vornehmen. Denn hält man schon eine derartige Abrede, allgemein betrachtet, für wirksam, dann ist nicht einzusehen, warum bei ihrer Feststellung mit „Vorsicht" vorgegangen werden soll, vielmehr müßte man dann im Interesse der Parteien, die den EV. des Lieferanten aufrechterhalten wollen, eine derartige Feststellung doch gerade weitherzig vornehmen. Lehmann S. 52 möchte die fragliche Abrede, deren Wirksamkeit er zwar nicht für unbestritten hält, „aus Gründen praktischer Vernunft" zulassen.

Man kann zu all diesem nur sagen, daß es sich um ein wissentliches und gewolltes Hinwegsehen über die wirkliche tatsächliche Lage handelt, um des verfolgten Zweckes willen den EV. wirksam zu erhalten. Diese Verkennung geht aber in ihrer rechtlichen Konsequenz auf Kosten des Fabrikanten und seiner Gläubiger, die rechtlich in gleicher Weise schutzbedürftig sind wie der Lieferant; außerdem können diese noch für sich in Anspruch nehmen, daß das Gesetz in § 950 gerade sie habe schützen wollen, und nicht den Stofflieferanten.

Zweifel an der genannten Abrede kommen auch in einer Klausel zum Ausdruck, welche an die Bestimmung, daß die neue Sache „für" den Verkäufer entstehen solle, noch anschließt, daß „überdies, wo nötig, die neue Sache dem Verkäufer zu Eigentum übertragen werden solle".

Trotz Rechtsprechung und der im Schrifttum sich erhebenden Stimmen, man müsse die besagte Abrede als wirksam behandeln, muß daran festgehalten werden, daß die Abmachung, der Fabrikant solle als Hilfsperson die Herstellung „für" den Lieferanten vornehmen, nicht ernsthaft auf eine Gehilfenschaft und Arbeitsabhängigkeit des Fabrikanten hinaus will, sondern nur ein Mittel sein soll, um zu dem gewünschten Ergebnis zu kommen. Das Gesetz erklärt aber in § 118 derartige Willenserklärungen für nichtig.

Es kann Levy zugegeben werden, daß in „Ausnahmefällen" eine Arbeitsabhängigkeit des Fabrikanten beiderseits ernsthaft gewollt sein kann. Das Verhältnis „Vorbehaltslieferant-Fabrikant" gehört aber im allgemeinen nicht zu diesen Ausnahmefällen. Folgende Sachlage dürfte aber wohl einmal ausnahmsweise die Annahme einer wirklichen Gehilfenschaft im Sinne des § 950 rechtfertigen. (Ein Fall, der bei der derzeitigen Wirtschaftskrise tatsächlich vorkommt).

Wenn ein Fabrikant in Zahlungsschwierigkeiten geraten ist, seine Lieferanten und Gläubiger aber seinen Betrieb weiter arbeiten lassen wollen, weil sie sich für sich selbst bessere Befriedigungsmöglichkeiten davon versprechen, dann wird sich der Fabrikant in eine besonders starke Abhängigkeit von seinem Lieferanten begeben

müssen, will er vorerst weitere Stoffe und weiteren Kredit erlangen. Hier werden die Lieferanten dem Fabrikanten genaue, ins einzelne gehende Vorschriften für den Geschäftsbetrieb und für den weiteren Verkauf machen, sie werden z. B. Verkaufspreise vorschreiben und den Fabrikanten in seinem eigenen Betrieb nur gegen ein festes Gehalt weiterbelassen, so daß er nur mehr als Geschäftsführer, nicht mehr als Inhaber erscheint. Hier kann man wohl mit Recht von einer Weiterarbeit „für" die Lieferanten sprechen, hier würde auch die Erhaltung des EV. der Lieferanten, die hier wirklich als „Hersteller" erscheinen, eine lebenswahre Grundlage haben.

d) Durch Vereinbarung kann zwischen Lieferant und Fabrikant ein Dienstvertragsverhältnis nicht fingiert werden.

Im allgemeinen wollen also Lieferant und Fabrikant unter sich nicht ernsthaft ein Lohnarbeitsverhältnis abschließen. Dann bleibt noch die Möglichkeit, ihre Abrede in dem Sinne aufzufassen, daß sie von einer Gehilfenschaft mit Willen nur pro forma sprechen, um dadurch, wenigstens dem Scheine nach, die Grundlage zu haben, den § 950 zugunsten des Lieferanten anwenden zu können. Es kommt den Parteien also auf eine Aenderung ihrer tatsächlichen Beziehungen von vornherein nicht an— im Gegenteil, es soll darin alles beim alten bleiben —, sondern einzig und allein darauf, die Rechtsfolgen des § 950 in der Person des Lieferanten als des Herstellers eintreten zu lassen.

Da die Parteien aber einerseits die tatsächlichen Grundlagen dafür nicht herbeiführen wollen, andererseits aber ohne diese die Rechtsfolgen des § 950, den originären Eigentumserwerb, von sich aus nicht dekretieren können, so suchen sie diese Gesetzesbestimmung auf andere Weise für ihre Zwecke anwendbar zu machen. Sie stellen kurzerhand die Fiktion auf, der Lieferant „solle" im Verhältnis zwischen ihnen einfach als „Hersteller" gelten. Damit glauben sie die Grundlage für eine Anwendung des § 950 gebildet, seinen Erfordernissen Genüge getan zu haben, obwohl sie sich darüber im klaren sind, daß ein derartiges Gehilfenschaftsverhältnis in Wahrheit gar nicht vorhanden ist und auch gar nicht geschaffen werden soll.

Die Auffassung, die Vereinbarung einer Arbeitsabhängigkeit in Form einer Unterstellung, einer Fiktion, könne genügen, äußert sich auch in der Formulierung:

„Bis zur Zahlung des Kaufpreises gilt die Verarbeitung als für den Lieferer vorgenommen".

Das bedeutet also, daß im Falle des Fehlens gesetzlich erforderter Voraussetzungen ein Parteivertrag, also die übereinstim-

menden subjektiven Willenserklärungen, imstande sein könnten, das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu überbrücken, um dadurch eine Anwendbarkeit der Bestimmung zu erzwingen. Es soll „so angesehen werden, als ob ....“ (um dieselbe Frage handelt es sich, wenn wegen Fehlens der objektiven Umstände durch das Mittel des Vertrags § 392 HGB. (Kommission) oder § 46 KO anwendbar gemacht werden sollen. Oertmann hat dies in einem Rechtsgutachten an einen Holzeinfuhrverband S. 8/9 für unzulässig erklärt).

Stellt das Gesetz aber Voraussetzungen für seine Anwendbarkeit auf, so sollen diese rein tatsächlich, objektiv vorliegen. Ob diese Verhältnisse objektiv gegeben sind, das sollen aber keinesfalls die Parteien selbst entscheiden können; denn es ist Sache einer anderen Instanz, des Richters, zu prüfen, ob ein Tatbestand des Lebens unter ein Gesetz zu bringen ist und dessen Anwendung nach sich zieht. Demgegenüber muß es als ausgeschlossen gelten, daß Parteiwillkür, also ein subjektives Moment, die dem Richter vorbehaltene Subsumtion vorwegnehmen kann. Ein Parteivertrag kann, wie schon oben gesagt, stets nur Symptom, Indiz für die objektive Sachlage sein, er hat darüber hinaus aber nicht die Kraft, fehlende tatsächliche Verhältnisse zu „ersetzen“.

Das vertragliche Aufstellen einer Fiktion bedeutet aber nicht nur einen Eingriff in das alleinige Beurteilungsrecht des Richters, es enthält zugleich die Anmaßung einer Befugnis, die nur dem Gesetzgeber zusteht. In Fällen, wo bestimmte Rechtsfolgen eintreten sollen, ohne das die tatsächlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind, hat stets das Gesetz von sich aus ausdrücklich und besonders bestimmt, es solle einmal fingiert werden, daß die fehlenden speziellen Voraussetzungen vorhanden seien. Diese stets vom Gesetz vorgenommene besondere Hervorhebung in Fällen, wo Vorschriften spezieller Natur auch einmal in gänzlich anderer Sachlage, an ganz anderem Platze des Systems, verwendbar sein sollen, zeigt zur Genüge an, daß derartige Ausnahmeregelungen nicht auch durch Parteiwillkür vorgenommen werden können. Das geht über die Befugnisse des einzelnen Rechtssubjektes hinaus und ist ipso iure unwirksam.

Beabsichtigen die Parteien durch die Abrede eines Gehilfenverhältnisses lediglich eine Fiktion aufzustellen, um die tatsächliche Lücke auszufüllen und so trotzdem zu den Rechtsfolgen des § 950 zu gelangen, so ist dieses Mittel, mag es auch ernstlich gewollt sein, so doch rechtlich nicht zugelassen; die Aufstellung von Fiktionen ist nur dem Gesetz vorbehalten.

Nach dem hier dargelegten Standpunkt ist es also in keiner Form möglich, die Herstellereigenschaft des Lieferanten mit Hilfe

einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Lieferant und Fabrikant zu begründen und damit den Eigentumserwerb aus § 950 in der Person des Lieferanten als Fortsetzung seines EV. eintreten zu lassen.

§ 11. Kann zwischen Lieferant und Fabrikant ein Werkvertragsverhältnis begründet werden?

Auf einem ähnlichen Gebiete liegt es, wenn Lieferant und Fabrikant das vorbehaltene Eigentum des Lieferanten nicht durch Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses, sondern durch einen zwischen ihnen geschlossenen „Werkvertrag" aufrechterhalten wollen. Diese Form wurde besonders diskutiert, als man in den ersten Nachkriegsjahren die ausländische Rohstoffeinfuhr zu fördern suchte und mangels wertbeständigen Geldes Sachsicherheiten, die auch den Verarbeitungsprozeß überdauern sollten, schaffen mußte.

Wollte man das Eigentum des Lieferanten nicht untergehen lassen und dieses Ziel durch Schaffung eines Werkvertragsverhältnisses zwischen den Beteiligten erreichen, so mußte man wohl davon ausgehen, daß beim Werkvertrage ganz allgemein im Falle der Verarbeitung durch den Unternehmer nicht dieser, sondern der Besteller und Stofflieferant Eigentümer „bleibe" oder „werde". Dabei handelt es sich also um die Zwischenfrage, welche Behandlung der § 950 innerhalb des Werkvertragsrechts erfährt; erst wenn diese geklärt ist, läßt sich ersehen, ob der Abschluß eines Werkvertrages überhaupt ein taugliches Mittel sein kann, das Eigentum des Stofflieferanten durch die Verarbeitung hindurchzuretten.

a) Stellung des § 950 innerhalb des Werkvertrages.

Aber selbst, wenn der Werkvertrag nicht als Mittel zur Erhaltung des Lieferanteneigentums benutzt würde, dürfte es noch innerhalb der gestellten Aufgabe liegen, zu prüfen, ob § 950 im Werkvertragsrecht einer besonderen rechtlichen Behandlung unterworfen ist.

Zwar ist folgendes zu bedenken. Beim reinen Werkvertrag ist ein EV. im Sinne des § 455 seitens des Bestellers nicht denkbar; denn der Besteller verkauft dem Unternehmer den Stoff ja nicht; er übergibt den Stoff nicht, um zu übereignen, sondern damit er verarbeitet werde; sodann nimmt der Besteller die Sache wieder „zurück". Ein Verkauf an den Unternehmer mit Weiterverkauf an Dritte ist nicht vorgesehen. Beim Werkvertrag ist also wesentlich, daß der Besteller die (neue) Sache „zurückerhält". Trotz Uebergabe findet eine Uebereignung nicht statt, also ist ein besonderes „Vorbehalten" des Eigentums gar nicht erforderlich. Worin sollte auch hier die aufschiebende Bedingung liegen, da der Unternehmer ja

keinen Kaufpreis zu zahlen, vielmehr seinerseits einen Anspruch auf Vergütung aus § 631 Abs. 1 hat.

Aber auch trotz des Nichtvorliegens eines „EV." dürfte die Frage innerhalb des gestellten Themas interessieren, weil ja auch im Werkvertrag sachenrechtliche Folgen bei der Verarbeitung eintreten müssen, auch hier evtl. der Besteller und Stofflieferant ein Interesse daran hat, trotz der Verarbeitung sein Eigentum nicht einzubüßen, sondern „sein Eigentum aufrechtzuerhalten". (Wenn auch nicht ein „vorbehaltenes" Eigentum). Die sachenrechtliche Fragestellung ist beim Werkvertrag gleichliegend, nur das Schuldverhältnis ist unter den Beteiligten ein anderes; es liegt eben kein Kauf vor, der eine Vereinbarung aus § 455 mit sich bringen könnte, sondern ein Werkvertrag.

Wenn wir immer wieder lesen, im Werkvertrag werde der Unternehmer trotz Verarbeitung nicht Eigentümer der neuen Sache, so wird meist auf zweierlei hingewiesen: Es gehe aus den Vorschriften des Werkvertrages, insbesondere aus § 647 hervor, daß der § 950 innerhalb des Werkvertrages keine Anwendung finden solle; denn wenn § 950 mit dem daraus entstehenden Eigentum dem Werkunternehmer zugute käme, dann hätte der Gesetzgeber dem Unternehmer den minderen Schutz eines Pfandrechtes nicht zu gewähren brauchen.

Sodann verweist man auch auf das einfachere praktische Ergebnis und hält es mit den Lebensanschauungen nicht für vereinbar, daß z. B. der Schneider, der den Stoff seines Auftragsgebers verarbeite, zunächst selbst Eigentümer des Anzuges werde, sodann das Eigentum an dem Anzug besonders übertragen müsse. Diese „Lebensanschauung" ist wohl darauf zurückzuführen, daß der Schneider lediglich eine Vergütung für seine Arbeit erhält, nicht aber den Preis für den ganzen Anzug, das Produkt.

Entsprechend sind dann die rechtlichen Begründungen: Im Werkvertrag soll nicht der Unternehmer, sondern der Besteller als „Hersteller" angesehen werden. Teils wird vertreten, daß das ganz allgemein bei jedem Werkvertrag zu gelten habe, teils, daß das je nach Lage des Einzelfalles, aber jedenfalls meistens, der Fall sein müsse[41]). Das bedeutet eine Anwendbarkeit des § 950 im Werkvertrage, aber in „umgekehrter Richtung", nicht für den wirklich herstellenden Unternehmer, sondern zugunsten des Auftraggebers als des „Herstellers". Die andere Ansicht erklärt, § 950 sei durch die Werkvertragsregelung gesetzlich ausgeschlossen, der Werkvertrag enthalte eine eigene Regelung, wodurch § 950 hier ohne jede Wirkung bleiben müsse[42]). Es soll auf beide Ansichten eingegangen werden.

41) Vgl. S. 109 unten, 110 oben.
42) Vgl. S. 111 Anm. 45.

Daß bei jedem Werkvertrag der Besteller grundsätzlich als „Hersteller" angesehen werden müsse, ist im Gesetz nirgends ausgesprochen. Man glaubt es meistens aus den §§ 644, 647 und 651 schließen zu dürfen. Darüber weiter unten.

Besonders wird es als den Lebensanschauungen widersprechend angesehen, daß der Auftraggeber, der dem Werkunternehmer den Stoff liefere, durch die Arbeit des Unternehmers das Eigentum daran verlieren solle. Vielmehr ergebe sich hier aus dem Vertragsschluß als Wille der Parteien, daß das Eigentum beim Auftraggeber verbleibe, dieser letzten Endes als Hersteller anzusehen sei. Also ähnlich, wie es beim Dienstvertrag für den Arbeitsherrn angenommen wird und gerechtfertigt ist. Daß diese Anschauung deshalb auch innerhalb des Werkvertrages ihre Berechtigung hat, ist bei dessen gänzlich anderer Struktur nicht ohne weiteres zu folgern. Es ist zuzugeben, daß unter Laien ganz allgemein die Auffassung, oder richtiger das „Gefühl" besteht, ein Kunde, der seinem Schneider den Stoff für einen Anzug gebe, „bleibe" Eigentümer. Eine andere Auffassung ist dem Laien einfach unbegreiflich.

Mag auch das Volksempfinden häufig das Richtige treffen so darf ihm doch nicht in solchen Fällen nachgegeben werden, wo das Gesetz offensichtlich ein anderes bestimmt. So ist es beim Werkvertrag mit § 950.

Um nun der allgemein verbreiteten Auffassung, daß beim Werkvertrag das Eigentum des Stoffgebers nicht untergehe, Rechnung zu tragen, hat man den rechtlichen Ausweg gefunden, § 950 anwendbar zu lassen, aber eben, dem gewollten Ergebnis zuliebe, in der Person des Auftraggebers, der nunmehr statt des Werkunternehmers als Hersteller angesehen werden soll; denn er veranlasse ja die Herstellung.

Wie es mit dieser Herstellerschaft des Bestellers in Wahrheit aussieht, mögen einige Beispiele zeigen. Soll der Bankier oder Arzt, der sich einen Anzug machen läßt und den Stoff dazu liefert, als „Hersteller" des Anzugs, kraß gesagt, als Schneider erscheinen; oder der Anwalt, der sich Möbel nach seinen Angaben anfertigen läßt und das zu verwendende Holz selbst kauft und bezahlt, als Hersteller der Möbel, als Möbelschreiner? Sind die Werkunternehmer in diesen Fällen Gehilfen des Anwalts, des Bankiers bei der Anfertigung des Anzugs, des Zimmers usw.? Hier zeigt sich deutlich, daß es willkürlich und nicht lebenswahr ist, den Auftraggeber einfach als Hersteller bei einer Tätigkeit erscheinen zu lassen, die nicht seine spezielle Tätigkeit im wirtschaftlichen Leben ist. Es ist klar, daß ein Bankier, der Bankgeschäfte betreibt, auf der anderen Seite nicht für einen einzelnen Fall als „Hersteller eines Mantels" angesehen werden kann. Es handelt sich hier um zwei getrennte wirtschaftliche Arbeitskreise, innerhalb deren ein jeder für

sich, arbeitsunabhängig vom anderen, arbeitet, mag dieser andere auch den Auftrag, das Geld und manchmal auch den Stoff zur Arbeit geben.

Aber auch mit dem Gesetze, dem Wesen des Werkvertrages, kann es nicht in Einklang gebracht werden, daß ein anderer als der Unternehmer Hersteller sein soll. Denn im Gegensatz zum Dienstvertrag wird hier nicht nur irgendein Tätigwerden, das evtl. auch in einem bloßen Behilflichsein, Gehilfe sein, bestehen könnte, versprochen, sondern der Unternehmer verspricht seinerseits ein Werk, einen Erfolg, den er selbst doch gerade nach dem Vertrag herbeiführen soll. Für diese gerade dem Unternehmer typische Vertragsleistung soll der Besteller eine Vergütung gewähren, darüber hinaus hat der Besteller mit der Herstellung nichts zu tun. Das Gesetz selbst sagt in § 631 Abs. 1, daß die Herstellung die typische Verpflichtung des Unternehmers ist. Es ist nicht zu verstehen, wie viele, geradezu eine überwiegende Mehrheit in Schrifttum und Rechtsprechung, demgegenüber behaupten können, der Besteller sei Hersteller beim Werkvertrag. Das steht im Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes, zum eigentlichen Wesen eben des Werkvertrages.

In dem Sinne möchte ich auch den § 121 des Entwurfs für ein Arbeitsvertragsgesetz (Molitor-Hueck-Riezler S. 232) auffassen, der bestimmt: „Das Ergebnis der vertraglichen Arbeitsleistung steht dem Arbeitgeber zu. Soweit Rechte nicht unmittelbar in seiner Person entstehen, hat der Arbeitnehmer sie auf ihn zu übertragen. Der zweite Satz dieser Bestimmung muß sich m. E. u. a. auch[43]) auf Werkverträge beziehen, da eben, anders als beim Dienstvertrag, hier dem Auftraggeber das Eigentum nicht unmittelbar zufallen soll. (Durch diese Bestimmung wird aber der Eigentumserwerb des Fabrikherrn auf Grund der Tätigkeit seiner Arbeiter nicht getroffen. a. A. Rühl S. 133).

Gegen die nur wenig abweichende Ansicht, daß beim Werkvertrag zwar nicht allgemein und grundsätzlich, sondern je nach Sachlage und wohl in der Mehrzahl der Fälle der Besteller als „Hersteller" erscheine, (Rühl S. 138; Krückmann in Jh. J. 65 S. 233/234; Rümelin S. 284; Riezler S. 238; zweifelnd Hedemann S. 173), ist dasselbe zu sagen wie oben. Hier kommen aber zwei Möglichkeiten in Frage; einmal kann der Unternehmer selbst Eigentümer werden, unter bestimmten Umständen soll aber der Auftraggeber als „Hersteller" zu erachten sein. Wo würde für die Vertreter dieser Ansicht das Kriterium liegen, wer im Einzelfalle denn nun der Hersteller ist?

Das Stoffeigentum oder die Verfügungsberechtigung über den Stoff, falls dieser einem Dritten gehört, kann doch nicht ausschlag-

43) Wenn auch nicht ausschließlich.

gebend sein; das ist doch nur eines von vielen Momenten, die erst gemeinsam ein objektives Bild ergeben. Ich möchte mich hier den Gedankengängen Brodmanns in Jh. J. 58 S. 230 anschließen: „... ist der Unternehmer da, wo der Stoff weder dem Gläubiger noch ihm selbst gehört, der „Hersteller", so kann doch nicht statt seiner der Gläubiger dadurch zum „Hersteller" werden, daß der Stoff diesem gehört".

Aber auch eine etwaige Volksauffassung kann nicht ausschlaggebend dafür sein, daß unter bestimmten Umständen der Auftraggeber „Hersteller" sei. Ein arbeitsselbständiger Unternehmer ist eben nach der Natur der Sache immer der Hersteller.

Wenn ich z. B. einem Maler Leinwand und Farbe gebe, und dieser in meinem Auftrage ein kunstvolles Bild schafft, so würde hier, anders als bei dem Beispiel mit dem Schneider, wohl auch ein Laie sagen, daß zunächst der Maler (also der Unternehmer) Eigentümer des Bildes werde. Diese Unterscheidungen im Volksempfinden dürfen aber für die rechtliche Beurteilung nicht maßgebend sein. In beiden Fällen liegt gleicherweise ein Werkvertrag vor. Sind die Voraussetzungen des § 950 gegeben, so muß dieser auch gleicherweise Anwendung finden; Unterscheidungen derart, daß der Grad des künstlerischen, originellen Schaffens zu berücksichtigen ist, mögen rein gefühlsmäßig wohl naheliegen, sind aber rechtlich insoweit nicht zu beachten, als in § 950 auf diese Maßstäbe nicht abgestellt wird, sondern nur auf das Wertverhältnis[44]); § 950 ist aber allein ausschlaggebend.

In diesem Zusammenhang soll kurz auf die umstrittene Stellung des Heimarbeiters eingegangen werden. Man steht vorwiegend auf dem Standpunkt, daß der Arbeitgeber und nicht der Heimwerker Eigentum an der verarbeiteten Sache erlange, auch wenn der Stoff von letzterem beschafft wurde (so Isay S. 301/02; Oertmann Arbeitsvertragsrecht S. 140; Rühl S. 135. Anders läßt Riezler S. 239 das Stoffeigentum entscheiden). Es ist wohl nichts gegen die Möglichkeit einzuwenden, daß nach Sachlage der Arbeitgeber trotz Stoffeigentums des Heimwerkers Eigentum erwirbt, ja ich möchte hinzufügen, selbst dann, wenn auch sonstige Produktionsmittel, z. B. die Betriebsstätte, dem Heimarbeiter zugehören. Denn das kann nicht entscheiden, sondern, wie Oertmann und Isay hervorheben, die Eingliederung in die Organisation, das Unternehmen, was ich oben mehrfach als Arbeitsabhängigkeit bezeichnet habe.

Nirgends aber wird klar betont, ob denn nun beim Heimarbeiter Werkvertrag oder Dienstvertrag vorliegt. Manchmal wird von „Arbeitgeber", manchmal von „Besteller" gesprochen. Ich möchte fol-

44) Gleichwohl ist dem künstlerischen Schaffen auch in § 950 eine mittelbare Bedeutung einzuräumen, als es im Verkehr bei der Wertschätzung jedenfalls in Betracht gezogen wird.

gendes annehmen. Beim Heimwerker ist die Grenze zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag flüssig. Liegt eine „Einordnung in den Betrieb", das ist Arbeitsabhängigkeit, vor, so ist ein Dienstvertrag gegeben und das von der herrschenden Ansicht vertretene Ergebnis, der Eigentumserwerb des Arbeitsherrn, tritt ein. Ergeben aber alle Umstände eine Selbständigkeit der Arbeit des Heimwerkers (z. B. Arbeit nicht nur für einen, sondern für mehrere Arbeitsherrn), so haben wir es mit einem Werkvertrag zu tun, bei dem zunächst ein Eigentumserwerb des Heimarbeiters selbst eintritt. Daß hier trotz Werkvertrag der Arbeitsherr als Hersteller erscheinen sollte, ist nach dem oben Gesagten nicht zu rechtfertigen, es läßt sich mit dem Werkvertragscharakter nicht vereinbaren.

Auch der Umstand, daß wir es mit der Erscheinung „Heimarbeiter" zu tun haben, ändert daran nichts; denn dieser bedarf keiner besonderen rechtlichen Behandlung, vielmehr umgekehrt ist er in das vorhandene System einzufügen. Es kommt sonach alles darauf an, ob hier im Einzelfall ein Dienst- oder ein Werkvertrag anzunehmen ist. Eine besondere „Heimarbeiterregelung" gibt es seither noch nicht.

Wie steht es mit der Behauptung, der § 950 finde im Werkvertragsrecht überhaupt keine Anwendung, sei hier mit anderen Worten kraft Gesetzes ausgeschlossen. Das ist zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, wird aber aus einigen Vorschriften des Werkvertrags entnommen[45]). Besonders häufig ist die Berufung auf § 647. Wenn hier der Unternehmer ein gesetzliches Pfandrecht erhalte, so könne er im Werkvertrag nicht nach § 950 Eigentum erwerben, da dann die Schutzvorschrift des § 647 überflüssig wäre. Schon Rühl S. 135 f. hält dem mit Recht entgegen, daß in § 647 keineswegs ein Eigentumserwerb des Bestellers bestimmt werde, sondern daß ein Eigentum des Bestellers lediglich Voraussetzung für den § 647 bilde. So spricht der Wortlaut denn auch von einem Pfandrecht an Sachen des Bestellers. Wann aber die Sachen dem Besteller gehören, muß sich nach den üblichen sachenrechtlichen Vorschriften des BGB. richten.

Es bleiben für die Anwendung des § 647 die Fälle übrig, in denen ein Eigentum des Bestellers noch nicht eingetreten ist, so bei Ausbesserung von Sachen, bei Nichtvorliegen einer neuen Sache, bei einer Bearbeitung, deren Wert erheblich hinter dem Stoffwert zurückbleibt; ferner die Fälle, in denen die Verarbeitung eine neue Sache noch nicht hervorgebracht hat.

Wenn die Entscheidung Bl. f. Rpfl. 1927 S. 45 das als Grund nicht genügen läßt, weil der größere Teil praktischer Fälle davon

45) So wohl Biermann § 950. 2; RG. St. 37 S. 329/330; OLG. Hamburg 34 S. 184; Herz S. 40 und 42; Bonin S. 117; Melchior in Bank A. 1920 S. 57.

nicht betroffen werde und § 647 „ganz allgemein gehalten" sei, so muß darauf hingewiesen werden, daß z. B. in den zahlreichen Fällen der Textilveredelung (z. B. der sog. Ausrüstung, das sind die Färbereien, Bleichereien, Druckereien, Appreturanstalten) die Auffassung herrscht, daß der Verarbeitungswert erheblich geringer ist als der Stoffwert.

In den Fällen, in denen ein Pfandrecht nach § 647 nicht entstehen kann, weil der Auftraggeber selbst kein Eigentum am Stoffe hatte (so kommt es vielfach vor, daß die von Webereien an Ausrüstungsanstalten gegebenen Stoffe dem Spinnstofflieferanten zufolge eines EV. noch gehören), kann dem Unternehmer nur durch Eigentumserwerb nach § 950 eine Sicherung, ein (allerdings besserer) Ersatz für das nicht entstehende Pfandrecht des § 647 gegeben werden.

Entsteht infolge der Wirkung des § 950 Eigentum des Unternehmers, so ist eben der § 647 für diesen Fall nicht geschaffen; statt des Pfandrechts erwirbt der Unternehmer dann ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 2 (so Lehmann S. 55).

Auch aus der Regelung beim Werklieferungsvertrage in § 651 will man entnehmen, daß beim Werkvertrag ein Ausschluß des § 950 vorgesehen sei; denn wenn im Gegensatz zu § 651 in § 631 eine Eigentumsverschaffungspflicht nicht erwähnt werde, so komme das daher, weil der Unternehmer in § 631 Eigentum an dem Stoffe des Bestellers eben trotz Verarbeitung nicht erwerbe, eine besondere Eigentumsverschaffung sich also erübrige. Daß aber entsprechend dem § 651 beim Werklieferungsvertrag nicht auch beim Werkvertrag ganz allgemein eine Eigentumsverschaffungspflicht ausgesprochen wurde, war schon deshalb nicht möglich, weil Gegenstand des einfachen Werkvertrages ja auch ein durch Arbeit herbeizuführender Erfolg sein kann, so daß eine zu übereignende Sache gar nicht gegeben ist (z. B. Beförderungsvertrag). Weiter ist hier zu erwähnen, daß auch die in § 651 erwähnte U e b e r g a b e verpflichtung in § 631 nicht hervorgehoben ist; und doch zweifelt hier niemand, daß auch beim reinen Werkvertrag bei Herstellung einer Sache den Unternehmer die Pflicht zur Uebergabe der Sache trifft, ohne das es einer besonderen Hervorhebung bedürfe. Entsprechend bedurfte auch die Uebereignungspflicht keiner besonderen Erwähnung. Es kann sonach also auch aus § 651 kein argumentum e contrario hergeleitet werden (auch Herz S. 40 hält diese Beweisführung für unsicher).

Herz möchte sich S. 40 rein gefühlsmäßig dem natürlicheren Ergebnis, daß dem Besteller, der den Stoff liefere, das Eigentum zuzuschreiben sei, anschließen, und sieht S. 42 den Grund dafür in dem Stoffeigentum des Bestellers. Das entnimmt er aus einer Gegenüberstellung von Werk- und Werklieferungsvertrag; denn da die An-

beitsleistung doch in beiden Fällen die gleiche sei, bleibe nur übrig, im verschiedenen Stoffeigentum den Grund für das gewollte Ergebnis zu sehen. Wie sollte aber hier ein Eigentum für Unternehmer oder Besteller erworben werden, wenn der Stoff einem Dritten gehört? Daß das Eigentum auch dann entweder dem Besteller oder Unternehmer durch die Verarbeitung zufällt, bezweifelt wohl niemand. Dann kann aber der § 950 im Werkvertragsrecht nicht kraft Gesetzes ausgeschlossen sein, denn er bietet noch die einzige Möglichkeit, bei Stoffeigentum eines Dritten zum mindesten einem der am Werkvertrag Beteiligten das Arbeitsprodukt zufallen zu lassen. Auch scheint mir der § 121 des oben Seite 109 in § 11a angeführten Entwurfs zum Arbeitsvertragsgesetz gegen einen Ausschluß des § 950 im Werkvertrag zu sprechen.

Sollte schließlich § 950 dann doch Anwendung finden, wenn der ihn ausschließende Werkvertrag zufällig ungültig wäre? M. E. ist kein zwingender Grund gegeben, dem § 950 im Werkvertrag die Anwendung, und zwar in der Person des herstellenden Werkunternehmers, zu versagen. Sonst bliebe für eine Anwendung des § 950 so gut wie gar kein Raum mehr, es wäre diese Bestimmung auf die Fälle einer unbewußten Verarbeitung fremder Sachen, einer ausgesprochen unerlaubten bösgläubigen Verarbeitung fremder Sachen sowie der Umbildung eigener Sachen beschränkt, alles Ausnahmefälle, denen das Gesetz sicherlich keine besondere Regelung zugedacht hätte.

Vielmehr muß der arbeitsselbständige Unternehmer stets originär nach § 950 Eigentum erwerben[46]). Ich möchte das folgendermaßen erklären: Eine besondere Eigentumsregelung ist im Werkvertragsrecht nicht ausgesprochen und sollte auch dort gar nicht getroffen werden, weil gar keine Veranlassung besteht, § 950 beim Werkvertrag auszuschließen. Der Werkvertrag, im Schuldrecht geregelt, wäre auch rechtssystematisch gar nicht der geeignete Platz, sachenrechtliche Sonderregelungen zu treffen. Der Gesetzgeber hat also mit Recht sich über die Eigentumsverhältnisse in den §§ 631 ff. ausgeschwiegen; diese Regelung ist zur Genüge in den §§ 929 ff., 946 ff. usw. erfolgt. Vielmehr ist die Regelung beim Werkvertrag nur schuldrechtlicher Art. Diese besteht darin, daß statt der umwegigen Regelung, nämlich der Ansprüche des Bestellers aus § 951, sodann seiner Verpflichtung zur Bezahlung des ganzen, aus Stoff und Arbeit bestehenden Produktes, wie es sich eigentlich infolge des Verarbeitungserwerbs des Unternehmers abwickeln müßte, in § 631 ganz einfach die Verpflichtung zur Zahlung der Vergü-

46) So auch Brodmann Jh. J. 58 S. 230; Jh. J. 79 S. 132; Lehmann S. 55; Isay S. 300; Grünebaum DJZ. 1920 S. 584; nicht ganz klar: Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 140.

tung ausgesprochen ist. Durch diese im Werkvertrag erfolgte Vereinfachung etwaiger Ausgleichsansprüche und Beschränkung der Kaufpreiszahlung für das Produkt auf eine Vergütung nur für die Arbeit ist eine unkomplizierte und gerechte schuldrechtliche Lösung gesetzlich vorgeschrieben, die auch dann, oder vielmehr gerade dann Platz zu greifen hat, wenn der Unternehmer nach § 950 Verarbeitungseigentum erworben hat. So dürfte sich am einfachsten die Regelung im Werkvertrage erklären, ohne daß hier der § 950 eine unnötige Beeinträchtigung zu erleiden braucht. (Zu demselben Ergebnis gelangt Isay (1900) S. 299/300, allerdings mit Hilfe der „negotii gestio"). Ich möchte daher annehmen, daß der arbeitsselbständige Unternehmer beim Werkvertrag durch Verarbeitung stets selbst Eigentümer nach § 950 wird.

b) Unwirksamkeit der Vereinbarung eines Werkvertrages zwischen Lieferant und Fabrikant.

Wenn wir nun zum Ausgangspunkt zurückgehen, zu der Frage, ob das vorbehaltene Eigentum des Lieferanten dem verarbeitenden Fabrikanten gegenüber durch vertragliche Begründung eines Werkvertragsverhältnisses aufrechterhalten werden kann, so kommt man nach der hier vertretenen Auffassung zu dem Ergebnis, daß dieser Versuch insofern zwecklos sein müßte, als im Werkvertrage, der hier dem Lieferanten sein Eigentum sichern soll, das Eigentum des Auftraggebers bei Verarbeitung durch den Unternehmer nicht bestehen bleibt. Also ist der Werkvertrag zu diesem Zweck nicht brauchbar.

Folgen wir aber der wohl herrschenden Lehre, wonach dem Besteller beim Werkvertrag trotz Verarbeitung das Eigentum an der neuen Sache zustehen soll, so ist theoretisch die Möglichkeit gegeben, durch Vereinbarung eines derartigen Verhältnisses dem „Lieferanten" die Stellung und Rechtsvorteile des Werkbestellers zugutekommen zu lassen. Erforderlich zur Wirksamkeit einer solchen Abmachung wäre aber auch hier die Ernsthaftigkeit des beiderseitigen Parteiwillens, tatsächlich werkvertragliche Beziehungen und Zustände zwischen sich herbeizuführen.

Es wird häufig recht zweifelhaft erscheinen, ob das wirklich der Fall ist, wenn die verarbeiteten Sachen nicht an den Lieferanten, den „Auftraggeber", zurückgehen, sondern von dem Fabrikanten selbst weiter verkauft werden. Hier kann die Tatsache, daß der Fabrikant vom Lieferanten, äußerlich betrachtet, nur einen sog. Werklohn erhält, allein nicht ausschlaggebend sein. Oft wird es sich herausstellen, daß in Wahrheit doch die entscheidenden Merkmale eines Kaufvertrages vorliegen, daß nicht der Lieferant als Auftraggeber, sondern der Fabrikant das Risiko des Absatzes trägt, indem er die

Waren, die er nicht an seine Kunden verkaufen kann, behalten muß, daß dementsprechend der sog. Arbeitslohn nur einen Abrechnungsmodus unter Zugrundelegung des Kaufpreises für den Stoff und der Verrechnung des aus dem Weiterverkauf erzielten Erlöses darstellt. Dann wäre die Vereinbarung eines Werkvertrages nicht ernsthaft gewollt, und nach § 118 BGB. nichtig. War die Vereinbarung von vornherein nur als Fiktion, als Mittel zum Zweck, zu den Rechtsfolgen gedacht, so ist dazu dasselbe zu sagen wie oben beim Dienstvertrag.

Doch kommen auch die Fälle wirklich vor, in denen zwischen Lieferant und Fabrikant ein wirklicher Werkvertrag geschlossen wird. So z. B. bei Veredelungskrediten, wo der Rohstofflieferant eine gewisse Menge der verarbeiteten Waren, die nur teilweise aus seinem Stoffe hergestellt wurden, wieder zurücknahm, während der andere Teil dem Fabrikanten zur Weiterverfügung verblieb (so z. B. Koch, Bank A. 1921 S. 92). Dahin gehören auch Fälle, wo zwar ein Zurückgeben der Waren an den Auftraggeber nicht erfolgte, die Weiterverfügung darüber aber nach den Anweisungen des Lieferanten und auf dessen Rechnung erfolgte, aber unter Ausnutzung des Kundenkreises des Fabrikanten. In solchen Fällen wird man das Vorliegen eines echten Werkvertrages nicht leugnen können, und es hat seine Berechtigung, wenn hier der Lieferant, auch wenn ein „Verkauf" der Stoffe an den Fabrikanten nicht erfolgt, trotzdem, um jeden Zweifel auszuschließen, sich das Eigentum „vorbehält", vor allem für den Fall der Verarbeitung.

Wie Geiler Vhdl. S. 202 hervorhebt, ist diese Lösung im Interesse der Unabhängigkeit der nationalen Wirtschaft nicht zu begrüßen. So hat denn diese sog. Lohnveredelung auch nur eine kurze Zeit lang, zur Zeit des Valutatiefstandes, in Deutschland weiter um sich gegriffen, um sich dann wieder auf die üblichen Fälle des industriellen Werkvertrages zu beschränken. So z. B. auf die Zurichterei von Pelzen in Leipzig, auf die Lohnstickerei zwischen Deutschland und Belgien (über diese Fragen Hirsch S. 97), dann auf die obengenannten Prozesse der Textilausrüstung, Färberei, Druckerei usw.

Die letztgenannten üblichen Veredelungen sind Beispiele eines reinen echten Werkvertrages innerhalb der einheimischen Industrie. Hier wird ein EV. überhaupt nicht verabredet, da einmal die verarbeiteten Waren an den Auftraggeber zu dessen wirtschaftlicher Verfügung zurückgeliefert werden, ein Untergang des Lieferanteneigentums meistens trotz der Veredelung auch nicht in Frage kommt, da die Ware durchweg wesentlich mehr wert ist als die Bearbeitung. (So auf Grund von Mitteilungen aus der Veredelungsindustrie der Baumwollbranche sowie aus der deutschen Textilveredelungsindustrie).

§ 12. Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zwischen Lieferant und Fabrikant.

Der Vollständigkeit halber sei noch eine weitere Möglichkeit erwähnt, dem Rohstofflieferanten auch während der Verarbeitung eine dingliche Sicherung zu verschaffen. Es soll zwischen Lieferant und Fabrikant ein Gesellschaftsvertrag geschlossen werden, der die gemeinsame Erzeugung und Verwertung der Produkte zum Gegenstand hat. Auf diese Weise soll an den Fabrikaten statt des alleinigen Eigentums des Fabrikanten ein Eigentum zur gesamten Hand des Lieferanten und des Fabrikanten entstehen.

Dieser Gedanke der Rohstoffkreditsicherung durch Gesellschaftsvertrag ist zuerst von der Bremer Handelskammer dem Berichterstatter des 32. deutschen Juristentages (1922 in Bamberg) Dr. Geiler vorgetragen worden, der ihn dem Juristentag übermittelte (Vhdl. S. 198/199). Er sollte für einzelne Fälle eine Möglichkeit der Sicherung für den Rohstofflieferanten bieten; denn man sträubte sich aus nationalwirtschaftlichen Gründen gegen die allgemein angewandte, zu weitgehende Sicherung, die durch eine gesetzliche Aenderung des zwingenden Charakters des § 950 herbeigeführt worden wäre. In der Praxis des Wirtschaftslebens ist diese Methode, dem Lieferanten durch Gesellschaftsvertrag auch an den verarbeiteten Gegenständen eine dingliche Sicherung zu erhalten, nicht durchgedrungen; wahrscheinlich, weil sie die Bewegungsfreiheit der Beteiligten zu sehr beengt hätte.

Es ist zunächst näher darauf einzugehen, wieso bei einem Gesellschaftsvertrage mehrere Gesellschafter ein Gesamthandseigentum an der aus der Verarbeitung entstehenden neuen Sache erlangen sollen, und das vor allem auch in solchen Fällen, in denen nicht alle, sondern vielleicht nur ein Gesellschafter die Verarbeitungshandlung tatsächlich vornimmt. Aehnlich wie beim Arbeitsverhältnis im Dienstvertrag erfährt auch hier der Herstellerbegriff eine erweiterte Auslegung. Unter gewissen objektiven Voraussetzungen ist auch hier nicht nur der manuell Arbeitende, vielmehr eine Mehrzahl von objektiv Beteiligten als Hersteller, in deren Person die Rechtsfolgen des § 950 wirksam werden, anzusehen.

Zunächst ist auch hier ein gemeinsames Arbeitsziel, ein in gleicher Richtung liegendes Arbeitsprogramm, ein objektiver Zweck, den die Beteiligten gleichermaßen erstreben, zu verlangen. Es muß sich um ein die beteiligten Gesellschafter umfassendes Tätigkeitsgebiet handeln, das nach außen hin als einheitlicher, wirtschaftlich geschlossener Arbeitskreis mit einheitlichen wirtschaftlichen Tendenzen trotz der Mehrheit der beteiligten Gesellschafter erscheint. Weiteres Erfordernis ist, daß alle Beteilgten nicht nur mittelbar, z. B. durch Auftragserteilung, sondern positiv, zu dem gemeinsamen Zweck mitwirken. Das geschieht bei der Gesellschaft durch

die Leistung der Beiträge; §§ 705, 706. Und schließlich darf auch hier nicht eine Arbeitsunabhängigkeit für den die Verarbeitung übernehmenden Gesellschafter gegeben sein, vielmehr muß seine Arbeit gebunden sein durch die gemeinsamen Entschließungen der gesamten Gesellschafter, einschließlich seiner selbst. Es muß ein gemeinsames Zusammenwirken vorliegen, mag auch die speziell verarbeitende Tätigkeit in der Hand nur eines Gesellschafters liegen.

War beim Dienstvertrag eine ausgesprochene Arbeitsabhängigkeit unter einem Arbeitsherrn vorhanden, der allein ausschlaggebend und der Hersteller im Sinne des § 950 war, so ist auch bei der Gesellschaft eine Arbeitsgebundenheit für den einzelnen Gesellschafter da, eine Bindung an den gemeinsamen Beschluß aller Gesellschafter, also auch des „mitbestimmenden" verarbeitenden Gesellschafters selbst. Das kommt im § 709 zum Ausdruck.

Arbeitsherr ist hier die Gesamtheit der Gesellschafter, die zugleich arbeitsausführend sein können. Also ist auch die Gesamtheit der Gesellschafter als Hersteller im Sinne des § 950 anzusehen. Wie Herz S. 47 hervorhebt, finden wir beim Arbeitsverhältnis Ueberordnung und Unterordnung, beim Gesellschaftsverhältnis eine Gleichberechtigung aller, ein „genossenschaftliches" Zusammenarbeiten. Das zeigt sich vor allem in dem Ergebnis. Beim Arbeitsvertrag erscheint der Uebergeordnete als Hersteller, bei der Gesellschaft die Gesamtheit der Genossen.

Das für sämtliche Gesellschafter nach § 950 originär entstehende Eigentum ist nach § 718 ein Eigentum zur gesamten Hand. Die mehreren Hersteller sind hier nicht rein zufällig an einem gemeinschaftlichen Produkte beteiligt, so daß jeder entsprechend seiner Arbeitsbeteiligung bruchteilsmäßiges Miteigentum verlangen könnte, weil er ja kein Interesse daran hätte, einem zufälligen Mithersteller zu viel oder allen gleich viel zukommen zu lassen.

Hier liegt es vielmehr so, daß die Beteiligten sich schon vorher systematisch zu einem bestimmten Zweck, der gemeinsamen Güterproduktion, zusammengeschlossen haben. Dem gemeinsamen Zwecke haben sich alle in gleicher Weise untergeordnet, diesem gemeinsamen Zwecke ist das neue Arbeitsprodukt gewidmet; eine Berechtigung an dem Produkte und eine Verfügung über das Produkt ist daher auch stets unter dem Gesichtspunkt eines für alle gemeinsamen Zweckes zu betrachten. Deshalb hat der einzelne kein Teileigentum, das ihm eine Verfügung zu persönlichen Eigenzwecken ermöglichte, es entsteht ein Eigentum zur gesamten Hand; die Verfügung darüber ist an die Zustimmung aller Beteiligten gebunden, so daß die Berücksichtigung des gemeinsamen Zweckes gewährleistet ist.

Auf Grund dieser Ueberlegung ist Tasche entgegenzutreten, der S. 78 nicht immer gesamthänderisches Eigentum, sondern evtl. Bruch-

teilseigentum entstehen lassen will. Letzteres dann, wenn der verarbeitende Gesellschafter vor der Verarbeitung nicht Gesamthandsbesitz, sondern nur Mitbesitz gehabt hätte. M. E. kommt es auf die Natur des Besitzes dann nicht an, wenn die Verarbeitungstätigkeit schon innerhalb des Gesellschaftszweckes lag. Tasches Ansicht würde dann etwas für sich haben, wenn lediglich ein gemeinsamer Warenabsatz Zweck des Gesellschaftsvertrages wäre. Darum nur kann es sich aber hier nicht handeln. Liegt schon die Verarbeitung innerhalb des Gesellschaftszwecks, so muß auch das Produkt dem gemeinsamen Zwecke gesichert sein, und das ist nur der Fall, wenn nur alle in gemeinschaftlichem Zusammenwirken über das Produkt verfügen können. So auch die Regelung in § 718 Abs. 1. — Wenn hier die Gemeinschaft der Gesellschafter und nicht nur der einzelne, tatsächlich Ausführende Eigentum an der neuen Sache erwirbt, so ist das keine Umgehung, vielmehr gerade eine Anwendung des § 950, da auf Grund eines einheitlichen Zweckes, dem sich alle untergeordnet haben, die Arbeit erfolgt, also auch der Träger dieses Zweckes, das ist aber wieder die Gesamtheit der Gesellschafter, die Gesellschaft, Hersteller im Sinne des § 950 sein muß.

Eine besondere Annehmlichkeit ist es, daß die oben genannten objektiven Merkmale, die hier den Hersteller ergeben sollen, vom Gesetz selbst in den § 705 ff. angegeben werden.

Es ist Herz zuzustimmen, wenn er S. 47 hervorhebt, daß es auf die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages, wie auch beim Dienstvertrage nicht ankommen könne, wenn nur die tatsächlichen Umstände ein genossenschaftliches Verhältnis mit einheitlichem Zweck erkennen lassen; denn die Person des Herstellers in § 950 bestimmt sich allein, wie früher mehrmals betont, nach der objektiven Sachlage.

Es wäre also die rechtliche Möglichkeit, daß die Folgen des § 950 zugunsten einer gesamthänderischen Gesellschaft eintreten können, zugegeben.

Wie gestaltet sich nun konkret ein Gesellschaftsverhältnis mit dem Zweck gemeinsamer Gütererzeugung und Verwertung zwischen Lieferant und Fabrikant?

Die Stofflieferung erfolgt nunmehr nicht an den Fabrikanten, sondern an die Gesellschaft, die aus dem Fabrikanten und dem Lieferanten selbst besteht. Sie stellt sich als Beitrag des Lieferanten zur Gesellschaft im Sinne der §§ 705, 706 dar. Ebenso erscheint als Beitrag nach § 706 Abs. 3 die im Betriebe des Fabrikanten erfolgende Verarbeitung, die damit nicht mehr dem Fabrikanten, sondern der Gesellschaft zuzurechnen ist.

Die Verarbeitung ist weiterhin dem Begriff der „Führung der Geschäfte" in den §§ 709, 710, 718 usw. zu subsumieren[47]). Nun-

47) Bei einer Gesellschaft zwischen Lieferant und Fabrikant umfaßt der weite Begriff der „Führung der Geschäfte" in den §§ 709, 710, 718 unter

mehr tritt auch die Rechtsfolge des § 950, wie oben dargestellt, für die Gesamtheit der Gesellschafter, für Lieferant und Fabrikant gemeinsam sein. Gemeinsam d. i. wie oben gesagt, mit Rücksicht auf den gemeinschaftlichen Zweck „zur gesamten Hand", also nicht nach Arbeits- und Stoffanteilen. Vorerst soll das gemeinschaftliche Produkt noch den Gesellschaftszwecken dienen; ein Ausgleich für Stoff und Arbeitsbeiträge erfolgt auf Grund besonderer Abmachungen. Durch den Weiterverkauf des gemeinschaftlichen Produktes entsteht denn auch eine Gesamthandsforderung, und auch der eingehende Erlös wird Gesamthandseigentum. Nunmehr erst, durch die Verteilung des zunächst der Gesellschaft zukommenden Geldes, können die Stofflieferungen und Arbeitsleistungen entsprechend ihren Anteilen, entgolten werden, indem die Gewinnverteilung nach Maßgabe der besonderen Vereinbarungen vorgenommen wird.

Bei einer Gesellschaft zwischen Lieferant und Fabrikant wird die Geschäftsführung in der Hauptsache dem Fabrikanten allein nach § 710 übertragen sein. Das haftende Gesellschaftsvermögen vor allem im Sinne des § 735, besteht, da es sich hier wohl stets um Gesellschaftsabschlüsse betr. e i n e s Geschäftes, also um „Gelegengesellschaften" handeln wird, lediglich aus den Beiträgen der Gesellschafter und dem durch den Gesellschaftsbetrieb gewonnenen Gesamthandseigentum. Nicht aber aus dem gesamten Unternehmen einschließlich sämtlicher Produktionsmittel von Lieferant und Fabrikant. Diese sind allenfalls zu einer vorübergehenden Benutzung im Sinne des § 732 überlassen.

Zutreffend weist Rühl S. 126 darauf hin, daß möglicherweise für den Lieferanten aus der Geschäftsführung der Gesellschaft eine Haftung erwachsen könne, § 735; ein Nachteil, der aber durch die Regelung der Geschäftsführung in den §§ 709, 710 eine Milderung erhält.

Ein EV. des Lieferanten an den Stoffen ist denkbar; allerdings nicht dem Fabrikanten, sondern der Gesellschaft gegenüber. Dann liegt eben entweder ein Stoff b e i t r a g im Sinne des § 705 gar nicht vor, sondern ein Stoff v e r k a u f, wie wenn ein unbeteiligter Dritter den Stoff geliefert hätte. Gleichwohl entsteht bezügl. des Produktes Gesamthandseigentum für die Gesellschafter Lieferant und Fabrikant.

Oder der Stoff soll infolge des EV. erst im Zeitpunkt des Verarbeitungsprozesses als Gesellschaftsbeitrag geleistet werden. Ein EV. des Lieferanten ist dann jedenfalls bis zur Verarbeitung gültig. Eine Sicherung des Lieferanten über die Verarbeitung hinaus, etwa durch antizipiertes Besitzkonstitut, dürfte hier nicht im Sinne der Parteien liegen, da hier der Gesellschaftsvertrag und das daran an-

anderem auch die Verarbeitung; und zwar ist dieser Teil der Geschäftsführung dem Fabrikanten übertragen.

knüpfende Gesamthandseigentum ja schon die Funktion erfüllen sollen, eine dingliche Sicherung für den Lieferanten nach der Verarbeitung zu schaffen.

Sollte der Fabrikant in Konkurs geraten, so findet gemäß §§ 728, 730 die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesellschaftsvermögens, also insbesondere der vorhandenen Verarbeitungsprodukte, und, wenn sich der Lieferant keinen EV. ausbedungen hatte, auch betreffs der geleisteten unverarbeiteten Stoffbeiträge des Lieferanten statt.

Die Auseinandersetzung erfolgt nach Maßgebe der §§ 732—735. Hier zeigen sich für den Lieferanten gewisse Vorteile, als er infolge des Gesellschaftsverhältnisses Chancen hat, aus dem Gesellschaftsvermögen seine Einlagen zurückzuerhalten und nach Verhältnis seines Anteils am Ueberschuß beteiligt zu werden, während er ohne Gesellschaftsvertrag im Konkurse über das Vermögen des Fabrikanten nach Verarbeitung nur einen Anspruch auf die Dividende hätte; hier aber handelt es sich um einen Auseinandersetzungsanspruch, der wesentlich mehr gewährt. Außerdem hat der Lieferant wegen der auf die Gesellschaft sich gründenden Forderungen den Anspruch aus § 51 KO.

Haben wir nun gesehen, daß ein Gesellschaftsverhältnis an sich geeignet ist, die bisherige EV.-Sicherung des Lieferanten dadurch fortzusetzen, daß dieser an der neuen Sache ein gesamthänderisches Miteigentum erlangt, so ist aber auch hier im Einzelfalle eine derartige Abmachung genau auf ihren eigentlichen Inhalt zu prüfen. Es ist keinesfalls damit getan, daß Lieferant und Fabrikant ihre (üblichen) Geschäftsbeziehungen kurzerhand als Gesellschaftsverhältnis benennen. Besonders die Rechtsprechung verlangt hier, daß die Merkmale eines Gesellschaftsvertrages wirklich vorhanden sind, und es sich nicht einfach um einen verdeckten Verkauf unter EV. handelt. Einer besonders sorgfältigen Prüfung muß daher stets das in § 705 aufgestellte Charakteristikum des Gesellschaftsvertrages, „der gemeinsame Zweck", unterzogen werden.

„Irgendein bestimmter" Zweck, den die Gesellschafter Lieferant und Fabrikant auf Grund des Vertrages verfolgen wollen, soll nicht ausreichen, vielmehr ist auf die Gemeinsamkeit des Zweckes Wert zu legen, d. h. es muß sich um eine für beide Parteien gemeinsame Angelegenheit, die nicht für die eine Partei eine eigene, die andere eine fremde bedeutet, handeln (so RG. in Gruchot 66 S. 224). Das wird aber meist in unserem Falle nicht zutreffen. Vielmehr erscheint der von Lieferant und Fabrikant „eingesetzte" Zweck, die Gütererzeugung und Verwertung, weniger als eine gemeinsame Angelegenheit, sondern als eine solche des Fabrikanten, während es dem Lieferanten doch nur darauf ankommt, seine Stoffe abzusetzen und bezahlt zu bekommen.

Betont wird auch, daß es zur Annahme eines gemeinsamen Zweckes nicht genügen kann, daß beide Beteiligten einen Vermögensvorteil erstreben. Es muß sich schon um einen gemeinsam zu erreichenden Vermögensvorteil handeln. Das ist aber dann nicht der Fall, wenn Lieferant und Fabrikant beide ihren Geschäftszweigen eigentümliche Vorteile zu gewinnen suchen, die dann lediglich „Hand in Hand gehen" (Bay. Z. Rpfl. 8 S. 333).

Es sind aber im allgemeinen verschiedenartige Vorteile, die Lieferant und Fabrikant auf Grund des, oder deutlicher trotz des Gesellschaftsverhältnisses zu erreichen suchen. Der Fabrikant will Gewinn aus seiner Produktionstätigkeit ziehen, der Lieferant aber doch nur aus dem Absatz seiner Stoffe. Zudem ist auch die Größe des Vorteils, die Gewinnspanne bei beiden verschieden; das zeigt mit besonderer Deutlichkeit, daß nicht ein gemeinsamer Vermögensvorteil von den Beteiligten mit der Gesellschaft bezweckt wird.

Rein äußere Erkennzungszeichen, ob in Wahrheit eine Gesellschaft oder ein Verkauf unter EV. beabsichtigt war, dürften sich aus der Art der Abrechnung und Bezahlung des Rohstoffes ergeben. Ein sicheres Zeichen für Kauf wäre es, wenn der Fabrikant den Rohstoff bezahlen würde.

Bezahlt die Gesellschaft als solche, so ist zu unterscheiden. Bezahlt sie, obwohl die Stofflieferung „Gesellschaftsbeitrag" nach § 705 hatte sein sollen, so zeigt sich auch darin die Scheinnatur des Gesellschaftsvertrages. Wird der Stoff dagegen beim Lieferanten durch Kaufvertrag gleichsam wie von einem dritten unbeteiligten Lieferanten bezogen — ist der Lieferant also nicht durch den Stoff, sondern mit einer besonderen Einlage bei der Gesellschaft beteiligt —, so dürfte die wahre Natur eines Gesellschaftsverhältnisses darin zum Ausdruck kommen; es wäre dann eben einer der Gesellschafter zugleich der Hauptlieferant für die Gesellschaft, und dagegen kann nichts eingewandt werden.

Einen Fingerzeig dürfte auch die Art und Weise geben, in der mit dem Erlös aus dem Verkauf der Produkte verfahren wird. Würde der Fabrikant diesen für sich einziehen und erst nach Abzug seines Arbeitslohnes der Gesellschaft weitergeben oder gar nach Abzug einer Art Kaufpreises für das ganze Produkt dem Stofflieferanten weitergeben, so stände das im Widerspruch zu einer Abrechnung im Sinne des Gesellschaftsvertragsrechts. Dagegen würde für Gesellschaft sprechen, wenn der Fabrikant als Geschäftsführer den ganzen Erlös gemäß § 713 in Verbindung mit § 667 der Gesellschaft abführen würde, um erst beim Rechnungsabschluß im Sinne des § 721 seinen Teil zu bekommen.

Wie bei Dienst- und Werkverhältnis, so muß auch bei Vereinbarung eines Gesellschaftsverhältnisses ein strenger Maßstab an die

Ernsthaftigkeit der Abrede gelegt werden, da sich häufig unter diesem Namen ein Verkauf unter EV. verbirgt. Ist der Gesellschaftsvertrag mangels ernsthaften Parteiwillens nach § 118 nichtig, so ist das Verhältnis als Kauf aufrechtzuerhalten; allerdings ist dann mit der Verarbeitung der EV. untergegangen.

Bei Einzelgeschäften zwischen Lieferant und Fabrikant wird die genannte Abrede meistens nichtig sein, da hier die „Gelegenheitsgesellschaft" eigentlich nur der Sicherung des EV. wegen vorgegeben wird. Die Sicherung des EV. im Einzelfalle durch Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses ist aber der gerade bei diesem Thema in Betracht kommende Fall; er ist also mangels Ernstlichkeit meist als nichtig anzusehen.

Echt dürfte aber die Abrede in Fällen sein, die ein wirkliches gemeinschaftliches Zusammenarbeiten, auf längere Dauer berechnet, vorsehen, mit dem gemeinschaftlichen Zwecke, den Verkauf der Rohstoffe und Produkte gemeinsam zu erweitern und organisieren, wie dies in Konzernen und Verkaufskartellen geschieht.

D. Die Benutzung des EV. bei Veredelungskrediten zwischen dem Ausland und der deutschen Industrie Reformvorschläge.

Die bisherige Darstellung galt der Erörterung des Falles, daß innerhalb der einheimischen Privatindustrie, zwischen einzelnen Firmen, ein EV. verabredet wurde, und seine Wirksamkeit auch über die Verarbeitung der Stoffe hinaus erhalten werden sollte. Doch hat der EV. und seine Aufrechterhaltung während des Verarbeitungsprozesses darüber hinaus nationale, ja internationale Bedeutung erlangt. In der Nachkriegszeit, als es darum ging, für die einheimische Industrie kreditweise Rohstoffe aus dem Ausland zu beziehen, wurde die Frage unter dem Namen des „Veredelungskredits" bekannt. Sie soll im folgenden kurz gestreift werden.

Der Vorgänger der Rohstoffveredelungskredite war die Lohnveredelung. Es wurde der Rohstoff, den der deutsche Fabrikant lediglich zu verarbeiten hatte, vom ausländischen Lieferanten aus Sicherheitsgründen tatsächlich wieder zurückgenommen. Dieser verfügte dann seinerseits selbst über die veredelten Waren weiter (so Hirsch S. 97; Koch in Bank A. 1921 S. 92). Doch kam man bald wieder davon ab, weil infolge des fehlenden Eigeninteresses des Lohnverarbeiters keine ausreichende Garantie für billigste und dem Lieferanten vorteilhafteste Bearbeitung gegeben war. Nunmehr verkaufte man dem Fabrikanten die Stoffe und suchte sich an ihnen,

auch in verarbeitetem Zustande, zu sichern. So kam man zu den sog. Veredelungskrediten.

Diese werden durch zweierlei gekennzeichnet: erstens der Stoff soll in allen Stadien der Verarbeitung dem Kreditgeber zur Sicherung dienen. Zweitens der Erlös aus dem Weiterverkauf des Fertigfabrikats soll zur Abtragung des Kredits verwandt werden.

Bisher ist der Rohstoffveredelungskredit, ähnlich wie die oben genannte Aufrechterhaltung des EV., mit Hilfe der antizipierten Sicherungsübereignung als des sichersten Mittels durchgeführt worden. Zur Vermittlung derartiger Veredelungskredite wurde beispielsweise 1920 die Deutsche Waren-Treuhand-A.-G. in Hamburg (Wolff S. 27 Anm. 5), und im Herbst 1922 eine Deutsche Kreditsicherungs-A.-G. (Lehmann S. 51) gegründet. Als zweite Form, den Rohstoffveredelungskredit nach geltendem Recht zu ermöglichen, wird auch die schon an früherer Stelle genannte Vereinbarung erwähnt, wonach der deutsche Fabrikant die Herstellung „für" den ausländischen Lieferanten vornehmen solle (Wolff S. 227; Heck S. 262; Lehmann S. 51/52; Hedemann S. 227). Doch wird allerseits die bisherige Zweifelhaftigkeit einer derartigen Abrede hervorgehoben; sie dürfte demnach zwischen ausländischen Lieferanten und deutschen Fabrikanten bisher kaum praktisch geworden sein.

Unter den Begriff Veredelungskredit fallen aber nicht nur Warenkredite, d. h. Kreditgewährungen durch den Stofflieferanten selbst; eine weitere Art ist der sog. Rohstoff g e l d kredit[1]). Hier gewährt irgendein Geldgeber, z. B. Banken, Abzahlungsgeschäfte, Finanzierungsinstitute, einen Geldkredit, und zwar zu dem ausdrücklich vereinbarten Zweck, daß das vorgeschossene Geld nur für die Beschaffung von Rohstoffen für den Betrieb des Kreditschuldners Verwendung finden darf. Der Kredit wird meist in der Weise gewährt, daß der Geldgeber unmittelbar an den Rohstofflieferanten zahlt. Hier hat der Geldkreditgeber in gleicher Weise wie ein Warenkreditgeber ein Interesse daran, für seine Forderungen eine dingliche, bis zur Rückzahlung anhaltende Sicherung zu erlangen.

Die Sicherstellung des Geldgebers wird auf folgende Arten erreicht:

1. Der Fabrikant überträgt nach Lieferung der Stoffe das Eigentum daran — und an den Fabrikaten durch antizipiertes Besitzkonstitut — auf den Geldgeber.

2. Der Lieferant, der unter EV. an den Fabrikanten geliefert hat, überträgt sein nunmehr auflösend bedingtes Eigentum auf die geldgebende Bank. Nunmehr hat die Bank das Eigentum an den Stoffen

1) Die heutige Bedeutung des Rohstoff g e l d kredits in fremder Währung ist auch bei Geiler Vhdl. S. 202 hervorgehoben.

in gleichem Umfange, in dem es zuvor dem Lieferanten vorbehalten war. § 986 Abs. 2 gewährt dem Fabrikanten gegen die Bank dieselben Einwendungen wie gegenüber dem Lieferanten. Sollte dem Lieferanten auch an den durch Verarbeitung entstehenden Produkten Eigentum auf Grund antizipierten Besitzkonstituts übertragen gewesen sein, so gilt das dadurch begründete Anwartschaftsrecht des Lieferanten wohl auch als an den Geldgeber abgetreten. War eine derartige antizipierte Einigung nicht getroffen, so ist es dem Geldgeber unbenommen, diese nach Erlangung des vorbehaltenen Eigentums von sich aus mit dem Fabrikanten vorzunehmen; er kann schon von vornherein seine Geldleistungen davon abhängig machen, daß sich der Fabrikant zur demnächstigen Eingehung des antizipierten Konstitus schuldrechtlich verpflichtet. § 9a Abs. 1 der österr. Ergänzungsverordnung von 1921[2]) bringt ein gesetzliches Beispiel für den ersteren Fall, daß die Abrede eines EV., der auch im Verarbeitungsprozeß seine Wirksamkeit behalten soll, mit diesem Zusatz auch dem Geldgeber zugute zu kommen hat.

3. Schließlich erhält der vorschießende Geldkreditgeber dadurch sicherungsweise Eigentum, daß der Fabrikant die ihm zu Eigentum gelieferten Stoffe in Wirklichkeit als stiller Stellvertreter des Geldgebers annimmt, also dem Geldgeber das Eigentum vermittelt, mag auch die Stellvertretung nach außen hin im Sinne des § 164 Abs. 2 nicht erkennbar geworden sein. Eine derartige „Einigung, wen es angeht" ist dann für zulässig zu halten, wenn es dem Veräußerer gleichgültig sein kann, auf wen er das Eigentum überträgt (OLG. 36 S. 153). Im vorliegenden Falle ist es aber dem Lieferant gleichgültig, wer Eigentümer der Stoffe wird; denn er erhält ja sogleich sein Geld durch die bezahlende Bank; es ist daher auch nur billig, wenn diese, auch ohne Wissen des Veräußerers, unmittelbar kraft stiller Stellvertretung, das Eigentum erlangt. Auch erlangt sie ein vorbehaltsfreies Eigentum; denn der vollbezahlte Lieferant hatte ja keine Veranlassung, sich das Eigentumsrecht vorzubehalten. Die letztgenannte Möglichkeit ist zwar bisher noch nirgends erörtert, erscheint aber rechtlich nicht zu beanstanden und praktisch leicht durchzuführen. Ein gesetzliches Beispiel hierfür glaube ich in dem § 9a Abs. 2 der Ergänzungsverordnung sehen zu dürfen.

Ein typischer Fall des Rohstoffgeldkredits ist der sog. Rembourskredit. Danach pflegt der ausländische, vielfach überseeische Lieferant die Rohstoffe erst zu liefern, nachdem eine deutsche Bank, oder durch deren Vermittlung eine ausländische Bank, die auf sie bezogenen Wechsel in Höhe der Kaufpreisschuld akzeptiert hat. Kahn-Naphtali S. 175. Auf diese Weise erhält der Lieferant eine sichere Wechselzahlung (häufig in ausländischer Valuta); der deut-

2) BGBl. v. 24. Aug. 1921; 190. Stück; Nr. 472.

sche Fabrikant erhält durch die Akzeptierung seitens der Bank Kredit. Der Bank werden wohl auch die Konossemente über die verschifften Waren ausgehändigt, auf diese Weise erhält sie eine gewisse Sicherung für die Kreditgewährung (Kahn-Naphtali: Wie liest man den Handelsteil einer Tageszeitung S. 175); die Uebergabe dieser Traditionspapiere hat gemäß § 647 HGB. dieselbe Wirkung, wie wenn die körperliche Uebergabe der durch sie verkörperten Waren erfolgte. Tritt also eine dingliche Einigung hinzu, so wäre eine Eigentumsübertragung der Waren nach § 929, nicht nach § 931, gegeben.

Nun zu den bekannten gesetzlichen Regelungen und Entwürfen, die dem Bedürfnis nach Veredelungskrediten ihre Entstehung verdanken.

§ 13. Die österreichische Vollzugsanweisung und ihre Besonderheiten

Zunächst sei die österr. Vollzugsanweisung über den EV. an ausländischen Rohstoffen vom 16. Juli 1920[3]) sowie die Verordnung, wodurch die Vollzugsanweisung ergänzt wird, vom 24. Aug. 1921[4]) genannt. Sie soll hier nicht in ihren Einzelheiten dargelegt werden; das ist bereits mehrfach von anderer Seite geschehen, auch sei dieserhalb auf den Gesetzestext verwiesen.

Hier nur das wesentlich Erscheinende. Es ist zunächst vorauszuschicken, daß nach § 415 ABGB. in Oesterreich durch die Verarbeitung kein Alleineigentum des Herstellers entsteht, sondern ein Anteilseigentum für Lieferant und Fabrikant nach dem Verhältnis von Stoff und Arbeitswert. Eine „Aufrechterhaltung" des Eigentums im eigentlichen Sinne wäre also an sich gar nicht erst nötig. Doch erschien es aus Gründen der Klarheit und besonderen Sicherung des ausländischen Rohstofflieferanten (auch Halbfabrikate gelten als Rohstoffe im Sinne der Vollzugsanweisung, § 1 Abs. 3) geboten, diesem zur Aufrechterhaltung seines EV. nach Verarbeitung das ganze Produkt, bestehend aus Stoff plus Arbeitswert, zukommen zu lassen. In Oesterreich ist es also nur der Arbeitswert, den die Vollz. Anw. in Abweichung von der grundsätzlichen Regelung dem Lieferanten zuzuteilen braucht.

Die Vollz. Anw. spricht in § 4 von einer „Erstreckung des EV. auf die aus dem Rohstoff hergestellten Erzeugnisse". Darin drückt sich eine Surrogation aus; in genau dieselben Eigentumsverhältnisse, die bisher bezügl. des Stoffes bestanden, soll das neue gesamte Erzeugnis eintreten. An den Fabrikaten entsteht kraft Gesetzes auch ein Anwartschaftsrecht des Käufers, das Vollrecht ist

3) StGBl. v. 23. Juli 1920; 94. Stück; Nr. 320 S. 1330 ff.
4) BGBl. v. 24. Aug. 1921; 190. Stück Nr. 472 S. 1637 f.

durch die Kaufpreiszahlung, wie bezügl. der Rohstoffe, aufschiebend bedingt.

Dieselbe Regelung ist auch bezügl. der mitverarbeiteten Rohstoffe des Fabrikanten selbst getroffen; aber nur, soweit der Vertrag nicht ein anderes bestimmt. Das heißt aber doch wohl, wenn der Vertrag nicht ein anderes bestimmt, so wird die gesetzliche Regelung als Vertragswille der Parteien angenommen. Es ist das eine gesetzliche Auslegungsregel. Diese „Vertragsabmachung der Parteien" also, die vom Gesetz mangels abweichender Parteiabreden angenommen wird, kann aber nur kraft gesetzlichen Ausspruches die dingliche Wirksamkeit entfalten.

An sich läge es nur in der Hand der Parteien, durch die dingliche Abrede des antizipierten Besitzkonstituts bezügl. der neuen Sache dingliche Regelungen zu treffen; diese würden dann aber erst im Zeitpunkt der sog. Ausführungshandlung dingliche Wirksamkeit erzeugen. Hier aber wird mittels gesetzlichen Ausspruches möglich, daß eine einfache Abmachung der Parteien ohne weiteres dingliche Wirkungen eintreten läßt; aber natürlich erst im Zeitpunkt der Verarbeitung, die den Gegenstand der dinglichen Rechtsgestaltung ja erst zur Entstehung gelangen läßt.

War hier ein Machtwort des Gesetzes notwendig, um einer einfachen Vereinbarung dingliche Rechtsfolgen zuzuerkennen, so möchte ich daraus, auch für unser ähnlich geartetes deutsches Recht, folgendes argumentum e contrario ziehen: Selbst wenn man auf dem Standpunkt steht, die Rechtsfolgen des § 950, der Eigentumserwerb des Verarbeiters, könnten vertraglich ausgeschaltet werden, so ist es doch keinesfalls ohne weiteres möglich, daß die Parteien von sich aus an Stelle des § 950 eine eigenwillige dingliche Regelung lediglich durch einfache Vereinbarung treffen.

Die Vollz. Anw. hat wohl, weil selbstverständlich, nicht mehr besonders hervorgehoben, daß sich der EV. bei Verarbeitung von Stoffen, die dem Verarbeiter gehören, auch auf den hierbei in Frage kommenden Arbeitswertanteil des Verarbeiters erstrecken soll.

Der EV. kann im österr. Recht gemäß § 415 ABGB. nicht auf die Stoffanteile dritter Lieferanten erstreckt werden. Wie es sich mit dem auf diese verwendeten Arbeitsanteil, der grundsätzlich dem Arbeiter zukommt, verhält, ist offengelassen. Jedenfalls gebührt er weiterhin dem Verarbeiter, da der Vorbehaltslieferant zwar den EV. auch auf den Arbeitsanteil erstrecken kann, der an den von ihm gelieferten Stoff angelegt wurde, aber auf die Arbeit, die an fremde Stoffanteile gelegt wurde, mangels jeglicher Beziehung keinen Anspruch haben dürfte.

Technisch sei noch hervorgehoben: Die Wirksamkeit des EV. auch während der Verarbeitung beruht auf der Eintragung in ein Verzeichnis bei der Handels- und Gewerbekammer; § 3 Vollz.

Anw. Zwar werden auch hier nach Entstehung der neuen Sache bestimmte äußerliche Erkennbarmachungen verlangt, § 5 Vollz. Anw., doch sind diese nicht, wie beim deutschen antizipierten Besitzkonstitut, Wirksamkeitserfordernis für die Aufrechterhaltung des EV., wie die Worte „nach Möglichkeit" in § 5 Vollz.Anw. anzeigen. Vielmehr hat hier die Eintragung kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung konstitutiven Charakter und zieht die Aufrechterhaltung des EV. automatisch mit Entstehung des Erzeugnisses nach sich.

Trotz ihres Charakters als gesetzlicher Sonderbestimmung weist die österr. Regelung eine gewisse Aehnlichkeit mit unserem antizipierten Besitzkonstitut auf, wie die Sollvorschriften betreffend äußere Kennzeichnungshandlungen sowie die Erstreckung des EV., auf die Stoffanteile des Fabrikanten erkennen lassen. Wird bei ihr auch die besondere Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses nicht verlangt, so ist dieses Erfordernis doch ersetzt durch das gesetzlich zwischen den Parteien geregelte Verhältnis. Allerdings erhält hier der Lieferant mit Verarbeitung u n m i t t e l b a r das Eigentum, ohne daß ein Zwischenerwerb des Fabrikanten stattfände.

Die Vorteile, welche die Vollz. Anw. dem ausländischen Lieferanten bietet, kommen auf Grund der Ergänzungsverordnung von 1921 auch dem ausländischen Geldgeber zugute; Art. I § 9a. Gemäß Art. I § 9c erhält er ein auflösend bedingtes Eigentum, das mit Rückzahlung des vorgeschossenen Geldes ohne besonderen Akt an den Fabrikanten fällt.

Es ist darauf hinzuweisen, daß nach Mitteilung von Wahle (in Schauer und Rost S. 38) von den durch die Vollz. Anw. gegebenen Möglichkeiten wenig Gebrauch gemacht worden ist. Danach gehen die wenigen Verträge, die in dieser Weise geschlossen wurden, auf die Vermittlung einer einzigen Warentreuhand-A.-G. zurück (meist handelte es sich um Baumwollieferungen, und zwar im Bezirk der Wiener Handelskammer). Eine derartige Vermittlung mit den Wirkungen der Vollz. Anw. ist möglich, da gemäß § 1 Abs. 2 der Vollz. Anw. die Aufrechterhaltung des EV. auch durch einen inländischen Lieferanten von Stoffen und von daraus hergestellten Erzeugnissen erfolgen kann, wenn die betreffende Firma sich durch eine, gesetzlich näher geregelte, Ermächtigung zum Abschlusse solcher Geschäfte ausweisen kann.

§ 14. Der Handelsvertrag zwischen der deutschen und niederländischen Regierung vom 31. Dez. 1920.

Ein Beispiel im Großen für eine Sicherungsübereignung, die während der Verarbeitung aufrechterhalten werden soll, bietet das Gesetz betreffend den Vertrag zwischen der deutschen und nieder-

ländischen Regierung über Kredit und Steinkohlen vom 31. Dez. 1920[5]). Liegt hier auch nicht ein EV. im technischen Sinne und dessen Aufrechterhaltung vor, so handelt es sich doch um die parallel liegende Sachlage der Sicherungsübereignung von Waren an einen Geldgeber und um die Erhaltung dieser dinglichen Sicherheit während der Verarbeitung. Ein typischer Fall des Rohstoffgeldkredits.

Der Umstand, daß dieser Handelsvertrag in Gesetzesform gekleidet ist, legt die Vermutung nahe, es solle hier vielleicht, ähnlich wie in der österr. Vollz. Anw., eine gesetzliche Abweichung von den üblichen Erfordernissen bezügl. der antizipierten Uebereignung im Falle der Verarbeitung geschaffen werden. Das ist aber nicht so. Vielmehr wickelt sich hier die Sicherungsübereignung und ihre Aufrechterhaltung während der Verarbeitung nach Maßgabe der üblichen zulässigen Formen und Erfordernisse ab. Die Gesetzesform war wohl mit Rücksicht auf Art. 87 R.V. notwendig, weil zur Sicherung des gewährten Kredits im Handelsvertrage eine Haftung des Reiches festgesetzt worden war.

Im Vertrag wird von der holländischen Regierung (unter Mitwirkung einer holländischen Bankengruppe, Hirsch S. 98) ein Kredit von 200 Mill. Gulden an Deutschland gewährt derart, daß die Inanspruchnahme des Kredits durch deutsche Einzelfirmen erfolgt. Die holländische Regierung wird bei Abschluß der Einzelkreditierungen an deutsche Firmen durch eine Treuhandgesellschaft vertreten, die auch in Deutschland einen Sitz hat. Von der Treuhandgesellschaft werden im Einzelfall die Sicherheiten ausgesucht, sie sorgt für Buchung, kontrolliert getrennte Lagerung der Waren und übt für die holländische Regierung den unmittelbaren Besitz aus (im Handelsvertrag S. 61 Nachtrag zu Anlage A 1 b nicht ganz korrekt als „Treuhandgewahrsam" bezeichnet). Also liegen ihr die Maßnahmen ob, die zur Wirksamkeit eines antizipierten Konstituts auch sonst erforderlich sind. Hier zeigt sich, daß bei Inanspruchnahme von Veredelungskrediten ausländischer Geldgeber die Sicherungsübereignung, evtl. in Verbindung mit antizipiertem Konstitut bezügl. der verarbeiteten Waren, als das sicherste Mittel zur Aufrechterhaltung von Sicherheiten im Verarbeitungsprozeß angesehen wurde. Die Abrede einer Gehilfenschaft des deutschen Fabrikanten oder eine Ausschließung des § 950 findet sich hier nicht.

Es sei kurz erwähnt, daß der Kredit der holländischen Regierung im Handelsvertrage selbst S. 59 unter Anlage A als „revolving credit" bezeichnet wurde. Danach wird für eine bestimmte Zeit, hier auf 10 Jahre, eine fest limitierte Summe als Kredit zur Verfügung gestellt, die aus dem Verkaufserlös der Fabrikate immer wieder ab-

5) RGBl. 1921 Nr. 4 S. 55 ff.

gedeckt wird und dann bis zur festgesetzten Höhe erneut, evtl. auch von anderen Firmen, in Anspruch genommen werden kann. Gleichgültig ist nach dem Handelsvertrage, aus welchem Land die Rohstoffe bezogen, gleichgültig, wohin die Fabrikate ausgeführt werden. Ein ausgesprochener Rohstoff g e l d kredit, der später in ähnlicher Weise auch von anderen aus- und inländischen Geldgebern in Anlehnung an dieses Vorbild gewährt worden ist (so Hirsch S. 98).

§ 15. Reformvorschläge zu § 950, betreffend den EV. und ähnliche Kreditsicherungsmittel.

Zum Schlusse sollen noch die Reformvorschläge und Erörterungen berührt werden, die aus nationalwirtschaftlichen Gründen im Interesse der Rohstoffeinfuhr angestellt worden sind. Sie alle gehen auf eine günstigere Gestaltungsmöglichkeit der Veredelungskredite aus, alle verfolgen daher dasselbe Ziel, die Aufrechterhaltung dinglicher Sicherungen auch während der Verarbeitung. Die bisher verwandte antizipierte Sicherungsübereignung erschien für viele Fälle der Praxis zu umständlich und schwerfällig, weil bei mehrfach aufeinanderfolgendem Verarbeitungsprozeß immer wieder die dingliche Einigung bezügl. der Zwischenfabrikate vorliegen, stets auch die Ausführungshandlungen erneut vorgenommen werden mußten.

Zwar gibt es auch Stimmen, die Reformen für überflüssig erklärten, weil § 950 bereits gegenwärtig dispositiv sei (so Wolff S. 227) oder weil die Möglichkeit der „Herstellung für einen anderen" wie auch des antizipierten Besitzkonstituts vollauf den augenblicklichen Bedürfnissen gerecht würden (Heck S. 262; Rühl S. 127). Es überwiegen aber diejenigen, die eine neue gesetzliche Ausnahmeregelung verlangen, um dem Veredelungskredit eine sicherere einfachere Grundlage zu geben und seine erweiterte Anwendung zu ermöglichen.

Man will in erster Linie den § 950 für dispositives Recht erklären. So der Gesetzesvorschlag Keinath, Esser und Gen.[6]) In Art. I § 1:

> „§ 950 BGB. erhält als Abs. 3 den folgenden Zusatz: Die Vorschriften des Abs. 1 und 2 gelten nicht, insoweit die Vertragschließenden ein anderes vereinbaren".

Erwähnt sei auch ein Antrag Dr. Kräuter im vorläufigen Wirtschaftsrat von 1923 auf Einführung eines § 350 a in das HGB. (mitgeteilt bei Rühl S. 126):

> „Ein Kaufmann, der im Betrieb seines Handelsgeschäfts Waren zur Verarbeitung oder Umbildung unter EV. geliefert erhält oder zur Verarbeitung oder Umbildung bestimmte Waren zur Sicherung für einen Kredit Dritten übereignet, kann Vereinbarungen

6) Vhdl. d. RT. 1924 Bd. 406 Nr. 1811.

treffen, nach denen in Abweichung von § 950 BGB. durch die Verarbeitung oder Umbildung Eigentum an der neuen Sache von ihm nicht erworben wird. Die Vereinbarungen bedürfen der Schriftform".

Bei diesen Versuchen, den § 950 gesetzlich für dispositiv zu erklären, kann man soweit mitgehen, als diese lediglich die Rechtsfolge des § 950, also lediglich den Eigentumserwerb des Verarbeiters, nicht eintreten lassen wollen. Wie aber schon früher bei Besprechung des Charakters § 950 gesagt wurde, entstehen an dieser Stelle erst die Schwierigkeiten. Tritt nämlich der Eigentumserwerb des Verarbeiters infolge vertraglichen Ausschlusses nicht ein, so entsteht zunächst ein Vacuum, eine herrenlose Sache. Die genannten Gesetzentwürfe lassen nun nicht klar genug erkennen, was für eine neuartige Eigentumsregelung nunmehr die frühere gesetzliche Regelung des § 950 ersetzen soll. Offensichtlich denken viele an eine formlose Vereinbarung der Parteien, die bezügl. der zukünftigen, durch Verarbeitung erst entstehenden Sache, dingliche Wirkung haben soll. Durch Sondergesetz könnte eine derartige, de lege lata unzulässige, Ermächtigung für die Parteien geschaffen werden. Es müßte dann aber genau gesagt werden, wo die Grenzen solcher Parteiabreden sind, wodurch eine Partei zu einer derartigen Abrede überhaupt qualifiziert und legitimiert wird.

Fraglich wäre, ob der Verarbeiter mit dem Lieferant A vereinbaren kann, A solle Alleineigentümer des aus von A, B und C gelieferten Stoffen hergestellten Produktes werden. Einerseits könnte man meinen, zu einer derartigen Abrede seien nur die befugt, die zum mindesten durch einen Arbeits- oder Stoffbeitrag unmittelbar an der Regelung beteiligt sind. Demgemäß müßten also auch die Lieferanten B und C zu der genannten Abrede hinzugezogen werden.

Andererseits kann man sich auf den Standpunkt stellen, durch Verarbeitung erlange der Hersteller ja jedenfalls nach § 950 Alleineigentum, also könne er im Voraus darüber zugunsten einer bestimmten Person verfügen, sogar wenn diese überhaupt nicht Lieferant sei; dann läge eben ein vertraglicher Ausschluß der Rechtsfolgen des § 950 zugunsten einer Person vor, die überhaupt in keiner Beziehung zu der konkreten Verarbeitungshandlung stände, materiell gänzlich unbeteiligt wäre. Das erscheint eigentlich absurd.

Ueber diese Frage, zwischen welchen Parteien ein Ausschluß des § 950 möglich sein soll, und wie weit eine Ersatzeigentumsregelung der Parteien gehen darf, ist bisher noch nicht entschieden, sie bedürfte bei Befürwortung einer Dispositivgestaltung des § 950 einer gründlichen deutlichen Klärung.

Wiederholt wurde auch die gesetzliche Schaffung eines Registerpfandrechts zur Diskussion gestellt. Da aber nach § 950 Abs. 2 im Falle der Verarbeitung auch die an dem Stoffe bestehenden Rechte

erlöschen, so wäre eine Bestimmung erforderlich, welche diese Rechtsfolge für den Fall der Registereintragung ausschlösse. Melchior in Bank A. 1920 S. 56 hebt die größere Biegsamkeit des Registerpfandes gegenüber dem EV. hervor, da hier nicht bestimmte gelieferte Waren, sondern jedwede Ware des Lagers zur Sicherung verpfändet werden kann. Auch ist durch mehrfache Verpfändung des Pfandgegenstandes eine bessere Ausnutzung möglich, als bei der Sicherungsübereignung, die ja ihrer Natur nach nur eine einmalige Eigentumsübertragung gestattet (Lehmann S. 43). Die alte, im Register eingetragene Verpfändung würde surrogationsmäßig die neuen durch Verarbeitung entstehenden Sachen erfassen.

Besonders betont Lehmann S. 61/62 die Vorzüge des Registerpfandes gegenüber der Sicherungsübereignung; denn diese verschaffe dem Gläubiger formell eine weit bessere Stellung, als ihm materiell zukomme. Im Gegensatz dazu vertritt Melchior in Bank A. 1920 S. 57, daß durch die Einführung der Mobiliarhypothek der Gläubiger noch nicht genügend geschützt werde, weil ihm die Mobiliarhypothek als pfandrechtliches Institut kein Widerspruchsrecht gegen das Vorgehen dritter Gläubiger, sondern nur ein Befriedigungsrecht aus dem Erlöse zubillige. Er möchte deshalb n e b e n der Mobiliarhypothek weiterhin den § 950 dispositiv geregelt wissen, um Sicherungs- und Vorbehaltseigentum auch in der Verarbeitung beständig zu erhalten und die nur vom Eigentum gewährten Widerspruchs- und Aussonderungsrechte dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen. Deshalb nach Melchior: Einführung der Mobiliarhypothek und Dispositivgestaltung des § 950! Ich glaube, rechtspolitisch dürfte Lehmanns Standpunkt mehr zu billigen sein, der gerade im Interesse der wahren materiellen Rechtslage die Sicherungsübereignung dem Registerpfandrecht opfern will; denn EV. und Sicherungsübereignung stellen materiell Pfandrechte dar; Melchior will aber lediglich aus deren f o r m e l l e n Gestaltung Rechtsvorteile für den Gläubiger ziehen, die diesem in solchem Ausmaße nicht gebühren.

Eine Schwierigkeit könnte beim Registerpfandrecht bezüglich der Rangordnung entstehen, wenn betreffs eines Stoffes mehrere Verpfändungen zeitlich nacheinander stattgefunden haben. Am unverarbeiteten Stoffe würde sich die Rangordnung nach der Zeit der Pfandrechtsbegründung richten. Cahn in Bay. Z. Rpfl. 1925 S. 336 weist darauf hin, daß mit der Verarbeitung an der neu entstehenden Sache die früher vereinbarte Mobiliarhypothek den Vorrang vor der später vereinbarten haben müsse; offenbar aus der Ueberlegung heraus, daß die mehreren Mobiliarhypotheken an der neuen Sache alle nur gleichzeitig, nämlich im Zeitpunkt der Umarbeitung, entstehen und damit gleichen Rang haben müßten. Dieser besondere Hinweis erübrigt sich m. E., weil das Gesetz hier ja eine Surroga-

tionswirkung schaffen sollte; danach müßten sich aber die alten dinglichen Rechtsverhältnisse in genau derselben Beschaffenheit, also auch in der Rangordnung der alten Sache, auch auf die neue Sache erstrecken. Dabei ist unerheblich, daß die früheren Rechte zu gleicher Zeit an der neuen Sache wirksam werden.

Neben dem Registerpfand ist die Verpflichtung des Kaufmanns zur Führung eines „Handelsbuches" vorgeschlagen worden, in das sämtliche Sicherungsübereignungen, evtl. auch Vorbehaltswaren und dergl. einzutragen seien, und das dem Kreditgeber auf Verlangen vorzulegen sei. Dann könnte die Sicherungsübereignung beibehalten werden (siehe Lehmann S. 36/37). Dadurch würde aber nur einem Mangel der Sicherungsübereignung, nämlich der fehlenden Publizität, gesteuert, die übrigen Mißstände, insbesondere die quantitative und rechtliche Zuvielsicherung des Gläubigers, der nur ein Pfandrecht haben soll, würden nicht beseitigt. In Wirklichkeit handelt es sich beim Handelsbuche, wie bei Lehmann S. 37 hervorgehoben ist, um ein Sicherungsmittel lediglich der Bankengläubiger, während ein Warenkreditgeber die Vorlegung eines derartigen Handelsbuches von seinem Abnehmer nicht verlangen kann, da er sonst Gefahr läuft, seine Kunden zu verlieren. Die Einführung des Handelsbuches wäre ein unzureichendes Mittel zur Lösung der Kreditsicherung.

Als eigenartiger Reformgedanke sei der Vorschlag Fränkels in DJZ. 1922 S. 415/416 nochmals erwähnt. Er empfiehlt folgende Fassung des § 950:

> „Wird durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache hergestellt, so werden die bisherigen Eigentümer des Stoffes und der Hersteller Miteigentümer der Sache.... Die Anteile bestimmen sich nach dem jeweiligen Verhältnisse des Wertes von Stoff und Arbeit. Sonstige Rechte an dem Stoff bestehen an dem Anteile an der Sache fort, der an die Stelle des Stoffes tritt....."

Fränkel selbst erklärt sich mit einem jeweilig schwankenden Anteilseigentum einverstanden, ohne daß es auf den Zeitpunkt der Verarbeitung ankommen soll, wenn nur der Ursprung der Stoffe sicher festgestellt werden kann. Schon früher ist dieser Gedanke, der mit Schaffung klarer Eigentumsverhältnisse unvereinbar ist, zurückgewiesen worden. Bemerkenswert ist, daß nach Fränkel der § 950 in dieser neuen Fassung zwingenden Charakter haben könnte; seine Lösung soll eben für jeden Fall billig und gerecht sein.

Ob sie praktisch empfehlenswert ist, bezweifelt schon Wolff S. 227. Eine besonders zweckmäßige Ausgestaltung für Veredelungskredite bedeutet sie wohl nicht; das zeigt m. E. die österr. Vollz. Anw. Danach wurde es in Oesterreich, obwohl nach ABGB. doch ohnehin Miteigentum des Stofflieferanten und des Verarbeiters ein-

tritt, dennoch für nötig befunden, dem ausländischen Warenkreditgeber darüber hinaus Alleineigentum an dem Produkt zu gewähren.

Damit dürften im wesentlichen die Reformfragen, die um den Veredelungskredit entstanden sind, angedeutet sein. Bedeutung haben sie insofern, als sie für die augenblickliche Rechtslage beim EV. und den Rechtsfolgen der Verarbeitung mancherlei Rückschlüsse zulassen; für eine etwaige Neugestaltung aber geben sie in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht erprobte Winke.

In welchem Sinne die Neuregelung der Kreditsicherung zwischen Lieferant und Fabrikant zu erfolgen hat, ist als eine auch stark wirtschaftliche Frage hier nicht zu entscheiden. Wohl glaube ich sagen zu dürfen, daß eine gesetzliche Regelung im Interesse der Beziehungen zwischen kreditgebenden Lieferanten und verarbeitenden Fabrikanten erfolgen müßte. Einmal, weil die Aufrechterhaltung dinglicher Sicherungen durch antizipiertes Konstitut zu umständlich und manchmal undurchführbar erscheint, dann, weil die Abrede eines Arbeits- oder Werkvertrages zwischen Lieferant und Fabrikant rechtlich zu zweifelhaft ist, und schließlich, weil der Ausschluß des § 950 von der Rechtsprechung nicht einheitlich anerkannt wird.

Bei Einführung des Registerpfandes wäre ein klarer Ausspruch über den Verbleib der bisher verwendeten Sicherungsübereignung wie über eine etwaige Ausschaltung des § 950 Abs. 2 vonnöten; im Falle der Dispositiverklärung des § 950 müßte festgelegt werden, welche Art von Parteien zu einer vertraglichen Ausschließung des § 950 befugt, wo die Grenzen der Parteiwillkür zu ziehen und welcher Art die rechtlichen Folgen der Erklärung wären.